

Manfred Enaux

Vertragliche Wettbewerbsverbote
bei Unternehmensveräußerungen
nach anglo-amerikanischem
und deutschem Recht

1967
—

Vertragliche Wettbewerbsverbote
bei Unternehmensveräußerungen
nach anglo-amerikanischem und deutschem Recht

In a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch
die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Manfred Eaux
aus Duisburg

1967

1. Berichterstatter : Prof. Dr. Fikentscher

2. Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. Lukes

Dekan : Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1967



INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort

1. Die Bedeutung der Eltern

2. Die Aufgaben der Eltern

3. Die Erziehungsansätze der Eltern

4. Die Erziehungsansätze der Eltern

5. Die Erziehungsansätze

6. Die Erziehungsansätze der Eltern

7. Die Erziehungsansätze

8. Die Erziehungsansätze der Eltern

9. Die Erziehungsansätze der Eltern

Meinen Eltern

10. Die Erziehungsansätze der Eltern

11. Die Erziehungsansätze der Eltern

12. Die Erziehungsansätze der Eltern

13. Die Erziehungsansätze der Eltern

14. Die Erziehungsansätze der Eltern

15. Die Erziehungsansätze der Eltern

16. Die Erziehungsansätze der Eltern

17. Die Erziehungsansätze der Eltern

18. Die Erziehungsansätze der Eltern

19. Die Erziehungsansätze der Eltern

20. Die Erziehungsansätze der Eltern

21. Die Erziehungsansätze der Eltern

22. Die Erziehungsansätze der Eltern

23. Die Erziehungsansätze der Eltern

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
§ 1: Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2: Terminologische Fragen	5
Erster Hauptteil: Das Common Law	7
1. Kapitel: Die "restraint of trade"-Doktrin	7
§ 3: Einführung	7
I. Der Anwendungsbereich der "doctrine of contracts in restraint of trade"	7
1. England	7
2. Die Vereinigten Staaten	9
II. "Restraint of trade" und allgemeines Vertragsrecht	13
III. "Restraint of trade" und "public policy"	15
1. Begriff der "public policy"	15
2. "Public policy" und die Entscheidung des Einzelfalles	17
3. Verhältnis von "public policy" und "restraint of trade"	20
4. "Freedom of trade" und "freedom of contract"	22
§ 4: Die geschichtliche Entwicklung der "restraint of trade"-Doktrin	26
I. Ablehnung aller "restraints" in frühester Zeit	26
II. Erste Wandlungen in der Rechtsprechung	28
III. Mitchel v. Reynolds	30
IV. Die Unterscheidung zwischen "general" und "partial restraint"	33
V. Die Entwicklung in den U.S.A.	38
§ 5: Der geltende Test (Nordenfelt's Case)	41
I. Lord Macnaghten's Urteil	41
II. Nordenfelt-Test und Wettbewerbsverbot	44

V. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der "reasonableness"	83
VI. "Reasonableness" im Prozeß	84
1. "onus of proof"	84
2. "Reasonableness" als Rechtsfrage	86
§ 7: Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen	87
I. "Consideration"	87
1. Problem der "adequacy"	87
2. "Consideration" und "reasonableness"	88
II. Hinreichende Bestimmtheit	90
III. Form	92
3. Kapitel: Wettbewerbsverbot und Wettbewerbsgesetzgebung	93
§ 8 : Großbritannien	94
§ 9 : U.S.A.	95
I. Der Sherman Act	95
II. Verhältnis des common law zum Sherman Act	95
III. Problematik der Übernahme von "reasonable-ness" ins Gesetzesrecht	96
IV. Sherman Act und Wettbewerbsverbot	98
4. Kapitel: Rechtsfolgen unwirksamer Wettbewerbsverbote	100
§ 10: Nichtigkeit eines "unreasonable restraint"	100
I. Grundsatz	100
II. Einfluß der Nichtigkeit auf den Veräußerungsvertrag	101
III. Zur Frage der Restgültigkeit des Wettbewerbsverbotes	102
§ 11: Das nichtige Wettbewerbsverbot und die "doctrine of severance"	103
I. Allgemeine Regel der "severance"	103
II. Voraussetzungen der Teilbarkeit	104
1. Der "blue pencil-test"	104
2. Keine Zerstörung des wesentlichen Charakters der Vereinbarung durch "severance"	105
III. Anwendung der "doctrine of severance" in Einzelfällen	106

1. Goldsoll v. Goldman	106
2. British Reinforced Concrete Engineering Co., Ltd. v. Schelff	107
3. Stellungnahme	108
 Zweiter Hauptteil: Deutsches Recht	 110
5. Kapitel: Entwicklung der rechtlichen Behandlung von Wettbewerbsverboten	110
§ 11: Die Auffassungen des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes zu Wettbewerbsverboten allgemein	110
I. Das Reichsoberhandelsgericht	111
II. Das Reichsgericht	111
§ 12: Wettbewerbsverbote und Dekartellierungsgesetze	113
I. Anwendungsbereich des Dekartellierungsrechtes	113
II. Einschränkung des Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung	114
III. Problem der Übernahme fremden Rechtes	116
6. Kapitel: Die allgemeine Grenze der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes für den Veräußerer eines Unternehmens	117
§ 13: Wettbewerbsverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung?	117
I. Das Unternehmen als Veräußerungsgegenstand	117
II. Wettbewerbsverbot und § 242 BGB	119
III. Das stillschweigend vereinbarte Wettbewerbsverbot	120
§ 14: § 138 BGB als Grenze für die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes	121
I. Auslegung und Anwendung des Begriffs der guten Sitten durch Rechtsprechung und Lehre	121
1. Auslegung	121
2. Anwendung	122
II. Problematik der Anwendung des § 138 BGB auf die Beurteilung von Wettbewerbsverboten	125
1. Individualschutzgedanke	125
2. Unvereinbarkeit mit der Auslegung des § 138 BGB	126
III. Lösungsversuche der Rechtslehre	128
1. Die Versuche im einzelnen	128
2. Stellungnahme	131

7. Kapitel: Die Beurteilung des Wettbewerbsverbotes nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	133
§ 15: Anwendbarkeit von § 1 GWB	133
I. Unternehmen	133
II. Gemeinsamer Zweck	134
§ 16: Anwendbarkeit von §§ 15 ff. GWB	136
I. Allgemeines	136
II. § 15 GWB	137
III. Problem der Anwendbarkeit von § 18 GWB	138
1. Auffassung der Kommentare	140
2. Gegenmeinung	141
3. Vermittelnder Weg	141
§ 17: Stellungnahme	143
I. Der Anwendungsbereich des § 18 GWB	143
1. Gemeinsamkeit der geregelten Fallgruppen	143
2. Abgrenzung zu den Wettbewerbsverboten des Geschäftsveräußerers	145
II. Die analoge Anwendung des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB	146
1. Problem des unangemessen weiten Wettbewerbsverbotes	146
2. Interessenlage	147
3. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB	148
a) Unbillige Beschränkung des Zugangs zu einem Markt für andere Unternehmen	149
b) Wesentliche Marktbeeinträchtigung	150
c) 'Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe	151
4. Abgrenzung zur Rechtsanalogie Fikent-schers	152
5. Ergebnis	153
8. Kapitel: Die Rechtsfolgen des unwirksamen Wettbewerbsverbotes	154
§ 18: Nichtigkeit gemäß § 138 BGB	154
I. Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB	154
II. Das Problem eines richterlichen Ermäßigungsrechtes	156
III. Unterschiedliche Ausgangspunkte des anglo-amerikanischen und deutschen Rechtes	159
§ 19: Verbiethbarkeit gemäß § 18 GWB	160

Rechtsvergleichende Schlußbetrachtung

- | | | |
|--------|---|-----|
| § 20 : | Die allgemeinen Grundsätze der Wirksamkeitsbeurteilung | 162 |
| § 21 : | Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung am Beispiel der Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes mit Art. 85 des EWG-Vertrages | 164 |

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- | | |
|--------------------------|---|
| Abraham, Hans Jürgen | Die Doktrin der Public Policy,
AcP 150, S.385 ff. |
| American Law Reports | Annotated, Second Series,
Bd.46, S.119 ff.: Sale-
Covenant as to Competition-
Area

Bd.45, S.77 ff.: Sale-Covenant
as to Competition-Time
San Francisco 1956 |
| American Jurisprudence | Bd.24, S.801 ff.: Good Will,
Rochester-New York 1939

Bd.36, S.473 ff.: Monopolies,
Combinations, and Restraints
of Trade,
Rochester-New York 1941 |
| Anson-Guest | Principles of the English Law
of Contract, 22. Aufl.,
Oxford 1964 |
| Bachof, Otto | Freiheit des Berufes,
in Bettermann-Nipperdey-Scheu-
ner, Die Grundrechte, 3.Bd.,
1.Halbbd., Berlin 1958 |
| Banks, W.E. | Comments: Covenants not to
Compete,
7 Ark.L.R. 35 (1952) |
| Baruch, Wolfgang | Das Verhältnis zwischen der
Kartellregelung des EWG-Ver-
trages und des GWB,
WuW 63, S.14 |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, 15. Aufl.,
München-Berlin 1962 |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, 8. Aufl.,
München-Berlin 1960 |
| Benisch, Werner | Kartellrechtliche Beurteilung
von Wettbewerbsklauseln in
handelsrechtlichen Verträgen,
WuW 53, S.219 |
| Benjamin-Finnemore-James | A Treatise on the Law of Sale
of Personal Property, 8.Aufl.,
London 1950 |

- | | |
|-----------------------|--|
| Biedenkopf, Kurt H. | Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung,
Heidelberg 1958 |
| Borchardt-Fikentscher | Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung,
Stuttgart 1957 |
| Bork, R.H. | Ancillary Restraints and the Sherman Act,
15 Am.B.Ass. Antitrust Sect. Rep. 211 (1959) |
| Bork, R.H. | The Rule of Reason,
74 Yale L.J. 775 (1965) |
| Bouvier's | Law Dictionary,
Neuauf. von F.Rawle, Bd.I,
London-Boston 1897 |
| Carpenter | Validity of Contracts not to Compete,
76 U.Pa.L.R. 244 (1928) |
| Cheshire and Fifoot | The Law of Contract, 6.Aufl.,
London 1964 |
| Corbin | On Contracts,
Bd. 6 A
St.Paul, Minn. 1962 |
| Curti, Eugen | Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika,
Zürich 1955 |
| Dittmar, W. | Begriff und Wesen des Unternehmens und seines "Goodwill" im geltenden europäischen Recht außerhalb Deutschlands,
Diss. Göttingen 1935 |
| Domke, Martin | Die Veräußerung von Handelsgeschäften,
Marburg 1922 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch,
I.Band, 3. Aufl.,
Mannheim-Berlin-Leipzig 1930 |
| Engelmann, Fritz | Der Kampf gegen die Monopole in den U.S.A.,
Berlin-Tübingen 1951 |

- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtes, 1.Bd., 2.Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Bd., 3.Aufl., Münster 1962
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964
- Fikentscher, Wolfgang "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für Hueck, S.543 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., Berlin-Heidelberg-New York 1965
- Foreman, C.J. Conflicting Theories of Goodwill, 22 Col.L.Rev. 638 (1922)
- v.Gamm, Otto-Friedrich Wettbewerbsrecht, Köln-Berlin-München 1964
- Gare, F.W. The Law relating to Covenants in Restraint of Trade, London 1935
- Gleiss-Hirsch EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl., Heidelberg 1965
- Gleiss-Hirsch Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, AWD 62, S.121
- Gooderson, R.N. Restraint of Trade in the Field Code, 79 L.Q.R. 410 (1963)
- Habscheid, Walther J. Vertragliche Wettbewerbsverbote, WuW 54, S.404 ff.

- Halsbury The Laws of England,
Bd.38: Trade and Labour to
Trusts, 3. Aufl.,
London 1962
- Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfas-
sungsrecht,
Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958
- Hedges, R.Y. The Law relating to Restraint
of Trade,
London 1932
- v.Hippel, Mike Die Kontrolle der Vertrags-
freiheit nach anglo-amerikani-
schem Recht. Zugleich ein Bei-
trag zur Consideration-Lehre,
Frankfurt/Main 1963
- Holdsworth, W.S. A History of English Law,
Bd.VIII,
London 1948
- Isay, Rudolf Das Recht am Unternehmen,
Berlin 1910
- Jackson, R.M. The Machinery of Justice in
England, 4.Aufl.,
Cambridge 1964
- James, Philip S. Introduction to English Law,
London 1962
- Kaufmann-Rautmann-Strickrodt Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen
(zit. Frankf. Kommentar),
Köln 1958
- Käser, Jörg Der Vertrag zugunsten Dritter
im englischen Recht,
RabelsZ 1956, S.418
- Klaue, Siegfried Wettbewerbsverbote und § 1 GWB,
WuW 61, S.323
- Kleemann, Gerd Die Wettbewerbsregeln der
Europäischen Wirtschaftsge-
meinschaft,
Baden-Baden 1962
- Knopp, Werner Über die Anwendbarkeit von
Art.85 des EWG-Vertrages auf
Individualverträge,
AWD 62, S.269

- Kohler, Karl
Das vertragliche Wettbewerbs-
verbot für den früheren In-
haber bei der Geschäftsver-
äußerung,
Diss. Erlangen 1934
- Kohler, Josef
Die Ideale im Recht,
ArchBR 5, S.161 ff.
- Koumantos, Georgios
Erwerberhaftung bei Unter-
nehmensveräußerung,
Hamburg 1955
- Kraft, Alfons
Interessenabwägung und gute
Sitten im Wettbewerbsrecht,
München-Berlin 1963
- Kuttler, Alfred
Vertragliche Konkurrenzver-
bote. Ihre Beurteilung nach
schweizerischem und englischem
Recht, eine rechtsvergleichende
Studie,
Basel 1955
- Langen, Eugen
Kommentar zum Kartellgesetz,
3. Aufl.,
Neuwied 1958
- Lehmann, Heinrich
Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Gesetzbuches,
14. Aufl.,
Berlin 1963
- Lehnich, Oswald
Die Wettbewerbsbeschränkung,
Köln-Berlin 1956
- Lever, Jeremy
The Law of Restrictive Trade,
Practices and Resale Price
Maintenance,
London 1964
- Levin, Philip D.
Non-Competition Covenants in
New England,
Teil I : 39 Bo V.L.Rev. 482(1959)
Teil II: 40 Bo V.L.Rev. 210(1960)
- Lieberkenecht, Otfried
Patente, Lizenzverträge und
Verbot von Wettbewerbsbe-
schränkungen,
Frankfurt/Main 1953
- Light, H.R.
The Legal Aspects of Business,
6. Aufl.,
London 1965
- Lindenmaier, Fritz
Wettbewerbsverbote und Dekar-
tellierungsrecht,
BB 1950. S.877 ff.

- Lloyd, Dennis Public Policy. A Comparative Study in English and French Law, London 1953
- Lloyd, Dennis The Idea of Law, Penguin Book 1964
- Lutz, Helmuth Auswirkungen der Kartellgesetznovelle auf vertikale Bindungen nach § 18 GWB, BB 65, S.1337
- Lutz, Helmuth Die Arbeitsgemeinschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 60, S.1833
- Marbach, Omar Der Begriff der Consideration im englischen Vertragsrecht, Bern 1953
- Marcus Streitfragen betr.das vertragliche Konkurrenzverbot, DJZ 1907, S.952
- Marsh, Norman S. The Severance of Illegality in Contract, 64 L.Q.R., 230,347
69 L.Q.R., 111
- Matthews-Adler The Law Relating to Covenants in Restraint of Trade, 2. Aufl., London 1907
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Bd.I, München-Berlin 1964
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Verbandsstatistiken als Mittel zur Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und Deutschland, Ungedr. Diss. Frankfurt 1952
- Möhring, Philipp' Wettbewerbsverbote und Dekartellisierung, DB 49, S.453
- Moller, N.H. Voluntary Covenants in Restraint of Trade, London 1925

- | | |
|----------------------------|--|
| Müller-Gries | Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Frankfurt/Main 1958 |
| Müller-Henneberg-Schwartz | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., (zit. Gem.-Komm.) Köln-Berlin 1963 |
| Naendrup, Peter-Hubert | Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966 |
| Neale | The Antitrust Laws of the United States of America, Cambridge 1962 |
| Nielsen, Charles V. | Konkurrenzverbote bei Übertragung von Handelsunternehmen, Berlin 1922 |
| Nußbaum, Arthur | Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws, 49 Yale L.J. 1027 |
| Oppenheim, S. Chesterfield | Federal Antitrust Laws, Cases and Comments, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 1959 |
| Oettel, Walter | Die Konkurrenzklausel selbstständiger Kaufleute, Diss. Jena 1933 |
| Osborn, P.G. | A Concise Law Dictionary, 5. Aufl., London 1964 |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch, 22. Aufl., München-Berlin 1963 |
| Paton | A Textbook of Jurisprudence, 3. Aufl., Oxford 1964 |
| Pisko, Oskar | Das kaufmännische Unternehmen, Ehrenbergs Hdb. II, 195 |
| Preston and Newsom | Restrictive Covenants affecting Freehold Land, London 1960 |

- | | |
|--------------------------|---|
| Rasch, Harold | Wettbewerbsbeschränkungen,
Kartell- und Monopolrecht,
2. Aufl.,
Herne-Berlin 1958 |
| Rauschenbach, Gerhard | Wirtschaftsrecht mit Kartell-
recht,
Stuttgart-Düsseldorf 1965 |
| Reichsgerichtsräte | Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
1.Bd., 2. Aufl.,
bearb. von H. Würdinger,
Berlin 1953 |
| Restatement of the Law | Restatement of the Law of
Contracts, herausgegeben von
American Law Institute, Bd.2
St.Paul, Minn. 1932 |
| Rheinstein, Max | Die Struktur des vertraglichen
Schuldverhältnisses im anglo-
amerikanischen Recht,
Berlin-Leipzig 1932 |
| Rinck, Gerd | Wirtschaftsrecht,
Köln-Berlin 1963 |
| Ringrose | Where to Look for your Law,
14. Aufl.,
London 1962 |
| Rittner, Fritz | Die Ausschließlichkeitsbin-
dungen in dogmatischer und
rechtspolitischer Betrachtung,
Düsseldorf 1957 |
| Sanderson, W.A. | Restraint of Trade in English
Law,
London 1926 |
| Sandrock, Otto | Subjektive und objektive Ge-
staltungskräfte bei der Teil-
nichtigkeit von Rechtsgeschäf-
ten,
AcP 159, S.481 ff. |
| Sax, W. | Die vertraglichen Wettbewerbs-
beschränkungen im Rechte Eng-
lands und der Vereinigten
Staaten,
Diss. Köln 1938 |
| Schmidt und Hackenberger | Konkurrenzschutz in Mietver-
trägen und Kartellrecht,
DB 1962, S.957 |

- | | |
|---------------------|---|
| Schwartz, L.B. | Free Enterprise and Economic Organisation,
Brooklyn 1952 |
| Seydel, H. | Konkurrenzklauseln in der Rechtsprechung,
DB 1951, S.737 |
| Siebert, Wolfgang | Kapazitätsbeschränkung und Kartellrecht,
uB 56, S.801 |
| Simitis, Konstantin | Gute Sitten und Ordre Public,
Marburg 1960 |
| Smith-Gutteridge | A Compendium of Mercantile Law,
13. Aufl.,
London 1931 |
| Sölter, Arno | Die Ausnahmenvorschrift des Art.85 Abs.3 EWG-Vertrag,
WuW 61, S.665 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch,
I.Bd.,
Stuttgart 1959 |
| Spitzbarth, Reimar | Wettbewerbsverbote bei den freien Berufen,
NJW 54, S.453 |
| Staub, Hermann | Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
1. Bd., 14. Aufl.,
Berlin-Leipzig 1932 |
| Staudinger | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I.Bd., Allgemeiner Teil,
erläutert von Brändl und Coing
11.Aufl., Berlin 1957
II.Bd., 2.Teil §§ 433-610
erläutert von Kiefersauer,
Ostler, Riedel,
11. Aufl., Berlin 1955 |
| Steindorff, Ernst | Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht,
Frankfurt/Main 1959 |
| Stone, J. | The Province and Function of Law,
Sydney 1946 |

- Stree, Walter Gesetzliche Schranken für vertragliche Wettbewerbsverbote, NJW 54, S.1025
- Stroud, F. The Judicial Dictionary, 2. Aufl., Bd.I,II, London 1903
- Sunder-Plassmann, Reinhard Das Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs.1 BGB, Diss. Münster 1964
- Thorelli, H. The Federal Antitrust Policy Stockholm 1954
- Ticho, S.F. Ancillary Restraints, a well travelled but unchartered sea of confusion, 50 Ill.B.Journal 922 (1962)
- Todsen Der Gesichtspunkt der public policy im englischen Recht, Diss. Hamburg 1937
- Treitel, G.H. The Law of Contract, London 1962
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Bd., 1.Hälfte, München-Leipzig 1914
- Wendt Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, AcP 92, S.1
- Wenz, Helmut Die Geschäfts- und Praxisveräußerung, Ludwigshafen 1959
- von Werdt, Rudolf Zur Frage der Anwendung von Art.85 des EWG-Vertrages auf Individualverträge, WuW 62, S.583
- Wilberforce-Campbell-Elles The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, London 1957
- Williams, G. Learning the Law, 7. Aufl., London 1963
- Williston-Thompson A Treatise on the Law of Contracts, Bd.V, 2.Aufl., New York 1937

- | | |
|------------------|---|
| Winfield, P.H. | Public Policy in the English
Common Law,
42 Harv.L.R. 76 (1928) |
| Wolf, Ernst | Zur Kartellrecht der EWG,
WuW 62, S.645 |
| Wright, F.A. | Tort Responsibility for De-
struction of Goodwill,
14 Cornell L.Q. 298 (1929) |
| Wright, F.A. | Some Relations Incident to
a Sale of Goodwill,
7 Tenn.L.R. 225 (1929) |
| Lord Wright | Legal Essays and Addresses,
III: Public policy, S.66,
Cambridge 1939 |
| Zweigert, Konrad | Seriositätsindizien,
JZ 64, S.349 |

Verzeichnis der zitierten englischen und amerika-
nischen Entscheidungen

- Adamowicz v. Iwanicki, 71
Allsopp v. Wheatcroft, 35, 38
Ancil v. Manufacturers' Life Insurance Co., 17
Attorney-General of Commonwealth of Australia v.
The Adelaide Steamship Co., Ltd., 79, 84
Attwood v. Lamont, 49, 51, 84, 85, 88, 90, 106
Auslyn, Inc. v. Rousseau, 72
Bennett v. Bennett, 100, 101, 102
British Reinforced Concrete Engineering, Ltd., v.
Schelff, 61, 67, 107, 108
Broad v. Jollyfe, 29, 57
Bunn v. Guy, 35
Butler v. Burleson, 72
Catt v. Tourle, 3
Churton v. Douglas, 59
Clerk v. The Governor and Company of Taylors of
Exeter, 29
Colgate v. Bachelier, 27, 28
Colton v. Duvall, 60
Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors, 64, 65, 85, 86
Cooper v. Metropolitan Board of Works, 54, 55
Cottrell v. Babcock Printing Press Mfg. Co., 60
Crutwell v. Lye, 52
Currie v. Misa, 14
Davies v. Davies, 38, 57, 90
Davis v. Mason, 35
Dowden & Pook v. Pook, 83, 86
Dubowski v. Goldstein, 91
Dyer's Case, 26, 28, 29
Egerton v. Brownlow, 16, 18
Elves v. Crofts, 83
Empire Meat Co., Ltd. v. Patrick, 68
Ferrone v. Mucci, 71

Fitch v. Dewes, 77
Foss v. Roby, 60,72
Gilbert v. Sykes, 17
Goldsoll v. Goldman, 70,106
Goodinson v. Goodinson, 15,101,102
Gravely v. Barnard, 90
Gunmakers' Co. v. Fell, 33
Harms v. Parsons, 70
Haynes v. Doman, 46,76,86,87
Hepworth Manufact.Co. v. Ryott, 2
Hermann v. Charlesworth, 17
Hitchcock v. Coker, 76,88
Hood & Moore's Stores, Ltd. v. Jones, 92
Horner v. Graves, 35,37,42
Ipswich Tailors' Case, 24,27,28
Janson v. Driefontein, Ltd., 18,19
Kennedy v. Lee, 57
Kutash v. Gluckman, 68
Lamson Pneumatic Tube Co. v. Phillips, 69,87
Leather Cloth v. Lorsont, 23,37
Mallan v. May, 90
Mason v. Provident Clothing, 44,46,49,50,51,84,86
Mattis v. Lally, 71
Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. v. Nordenfelt, 24,34
Mc Allister v. Cardinal, 67
Mc Ellistrim v. Ballymacelligott Co-op. Agric. and Dairy Society, 48,63
Milaneseo v. Calvanese, 71
Mills v. Dunham, 46,91
Mitchel v. Reynolds, 30,32,33,35,36,37,42,76,89,96
Morris v. Saxelby, 23,24,48,49,50,56,78,84
Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co., Ltd., 2,20,38,41,42,43,44,46,48,63,64,68,69,70,79,90
Parish v. Schwartz, 39
Pellow v. Ivey, 73
Pickering v. Ilfracombe Railway Co., 103

Price v. Green, 105
Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson,
23,24
Prugnell v. Gosse, 30
Putsman v. Taylor, 104,105
Regent Oil Co. v. Aldon Motors, 3
Re Kitchin, Exp. Punnett, 55
Richardson v. Mellish, 18
Rodriguez v. Speyer Brothers, 21
Rogers v. Parrey, 28,30
Rousillon v. Rousillon, 37,91
Routh v. Jones, 80,84
Sir W. Leng & Co., Ltd. v. Andrews, 86
Smedley's, Ltd. v. Smedley, 67
Standard Oil of New Jersey v. U.S., 95
Tallis v. Tallis, 88
Townsend v. Jarman, 57,83
Trego v. Hunt, 53,58,59
Tulk v. Moxhay, 7
Underwood & Son, Ltd. v. Barker, 80
United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 10,98
United States v. American Tobacco Company, 98,99
United States v. Trans-Missouri Freight Association,
5,98
United States v. Trenton Potteries Co., 47
Vancouver Malt and Sake Brewing Co. v. Vancouver
Breweries, Ltd., 49,62,63
Ward v. Byrne, 34
Whittaker v. Howe, 37,42,69
Williams v. Farrant, 60
Wilson v. Carnley, 20
Wyatt v. Kreglinger and Fernau, 79
Wyder v. Milhomme, 72

Abkürzungsverzeichnis¹⁾

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABLEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
All E.R.	All England Reports
ALR	American Law Reports
Am.Bar.Ass.	American Bar Association
Am.Jur.	American Jurisprudence
Anno.	Annotation
Antitrust Sec. Rep.	Antitrust Section Reports
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)
Ark.L.R.	Arkansas Law Review (Band, Seite)
Atl.	Atlantic Reporter
Att.-Gen.	Attorney-General
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Jahr, Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band, Seite)
BKartA	Bundeskartellamt
Bo.U.L.Rev.	Boston University Law Review (Band, Seite)
c.	Chapter
c.c.	code civil français
Ch., Ch.D.	Chancery Division
Col.L.Rev.	Columbia Law Review (Band, Seite)
Conn.	Connecticut

1) Abkürzungen für Berichterstatter der englischen Entscheidungen bis zum Jahre 1865, die in den English Reports abgedruckt sind, wurden nicht mit ins Abkürzungsverzeichnis aufgenommen. Dazu vgl. Ringrose, Where to Look for your Law, 1962, S.187 ff.

Cornell L.Q.	Cornell Law Quarterly (Band,Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr,Seite)
D.L.R.	Dominion Law Reports
Ehrenbergs Hdb.	Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Victor Ehrenberg
F.	Federal Reporter
Ga.	Georgia
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht (Jahr, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GewO	Gewerbeordnung
Harv.L.R.	Harvard Law Review (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
Ill.	Illinois
Ill.B.Journal	Illinois Bar Journal (Band,Seite)
J.	Justice
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr,Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr,Seite)
K.B.	King's Bench Division
KO	Konkursordnung
L.J.	Lord Justice
L.Q.R.	Law Quarterly Review (Band,Seite)
L.R.C.P.	Law Reports, Common Pleas Cases
L.R.Eq.	Law Reports, Equity Cases
L.R.Ex.	Law Reports, Exchequer Cases
L.T.	Law Times
Mass.	Massachusetts
Mich.	Michigan
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürger- lichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.I-V
M.R.	Master of the Rolls
N.E.	North Eastern Reporter
N.J.L.	New Jersey Law Reports

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
N.W.	North Western Reporter
OLG	Oberlandesgericht
Q.B.	Queen's Bench Division
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, be- gründet von E.Rabel (Jahr, Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK z. HGB	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch
RG Warn	Die Rechtsprechung des Reichsge- richtes, herausgegeben von Warneier (Jahr, Nummer)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen (Band, Seite)
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandels- gerichtes (Band, Seite)
S.	Seite
S.Ct.	Supreme Court
S.E.	South Eastern Reporter
sec.	section
s.o.	siehe oben
Tenn.L.R.	Tennessee Law Review (Band, Seite)
T.L.R.	Times Law Reports
U.Pa.L.R.	University of Pennsylvania Law Review (Band, Seite)
U.S.	United States
v.	versus
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartell- recht
Yale L.J.	Yale Law Journal (Band, Seite)
Y.B.	Year Book

E i n l e i t u n g

§ 1 : Gegenstand der Untersuchung

Der Käufer eines Handelsgeschäftes, Betriebes oder eines sonstigen gewerblichen Unternehmens sichert sich häufig in einer Nebenabrede zum Kaufvertrag dagegen, daß der Verkäufer nach der Veräußerung ihm Konkurrenz macht. Könnte der bisherige Inhaber seine Verbindung mit dem Geschäft auch nach der Übertragung des Unternehmens uneingeschränkt im Wettbewerb mit dem Erwerber verwerten, so würde diesem ein besonders gefährlicher Konkurrent erwachsen. Der wirtschaftliche Erfolg des Kaufes wäre in Frage gestellt.

Solche Vereinbarungen werden als Konkurrenz- oder Wettbewerbsverbote bezeichnet. Für sie ist einmal kennzeichnend, daß der eine Vertragspartner sich zugunsten des anderen vertraglich zu einer Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit verpflichtet. Zum anderen bedeutet der Verzicht auf weitere Betätigung im Geschäftszweig des durch die Vereinbarung Begünstigten den vertraglichen Ausschluß eines Wettbewerbers und damit möglicherweise einen Angriff auf die Freiheit des Wettbewerbs. Weiterhin darf jedoch bei solchen Vereinbarungen nicht außer acht gelassen werden, daß sie als Nebenabrede zu einem Hauptvertrag hinzutreten, dessen Abschluß sie überhaupt erst ermöglichen und dessen Durchführung sie sichern sollen.

Der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit dieser Wettbewerbsverbote ist im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht grundverschieden. Nach dem common law wird jede Vereinbarung, die den einzelnen in dem freien Erwerb seines Lebensunterhaltes oder in der Ausübung seines Berufes beschränkt, als "contract in restraint of trade" bezeichnet. Dabei ist "trade" nicht in seiner eigentlichen Bedeutung als Handel, sondern im

weitesten Sinne aufzufassen¹⁾. Die Regeln über "contracts in restraint of trade" wollen vertragliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aller Art einheitlich beurteilen. Grundsätzlich gehen sie von der Vermutung der Unwirksamkeit solcher Verträge aus²⁾. Bestehen sie allerdings den "test of reasonableness", d.h. sind sie den Interessen der Vertragsparteien gemäß und verstoßen außerdem auch nicht gegen öffentliche Interessen, so sind sie jedoch wirksam und durchsetzbar³⁾.

Nach dem vom Prinzip der Vertragsfreiheit beherrschten deutschen bürgerlichen Recht kann dagegen das Wettbewerbsverbot frei vereinbart werden und ist zunächst grundsätzlich wirksam. Die Abrede findet lediglich an den allgemeinen Vorschriften ihre Grenze, insbesondere darf sie keine übermäßige Beschränkung für den Vertragspartner enthalten; darin könnte ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs.1 BGB) liegen⁴⁾. Eine gesetzliche Regelung der hier zu behandelnden Wettbewerbsverbote ist nicht erfolgt⁵⁾; als mögliche Einschränkung der grundsätzlich wirksamen Vereinbarungen kommt jedoch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁶⁾ in Betracht. Rechtsprechung und Literatur haben sich wiederholt mit

- 1) Atkin, L.J., in *Hepworth Manufact. Co. v. Ryott*, (1920) 1 Ch.1, 26: "It is a misapprehension to suggest that this doctrine is confined merely to restraint of trade in any ordinary meaning of the word 'trade'; it undoubtedly extends to the exercise of a man's profession or calling.."; Engelmann, *Der Kampf gegen die Monopole in den USA*, 1951, S.34, übersetzt "restraint of trade" daher zutreffend mit "Beschränkung von Handel oder Gewerbe".
- 2) Halsbury, *The Laws of England*, 1962, Bd.38 (Trade and Labour), S.21: "Contracts in restraint of trade are prima facie void."
- 3) *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co., Ltd.*, (1894) A.C. 535
- 4) Vgl. Möhring, DB 49, 453
- 5) Vgl. aber die im Zusammenhang mit bestimmten personenrechtlichen Verträgen vereinbarten Wettbewerbsverbote (z.B. §§ 74 ff. HGB, 133 f. GewO)
- 6) vom 27. Juli 1957 (BGBl I 1081); im folgendenaals GWB abgekürzt (Neufassung vom 3.1.1966, BGBl I 37)

dem Problem der Vereinbarkeit von Wettbewerbsverboten mit diesem Gesetz befaßt. Dabei werden unterschiedliche Lösungsversuche angeboten, und die Abgrenzungen sind im einzelnen umstritten.

Die vorliegende Arbeit hat die rechtliche Beurteilung des wirtschaftlichen Tatbestandes eines vertraglichen Wettbewerbsverbotes, das in Verbindung mit der Veräußerung eines Unternehmens vereinbart wird, zum Gegenstand. Eine umfassende Darstellung auch anderer möglicher Fallgruppen von Wettbewerbsverboten ist nicht beabsichtigt¹⁾. Auch sollen Vereinbarungen ausgeklammert bleiben, die dem Erwerber eines Unternehmens ein Wettbewerbsverbot auferlegen, das lediglich die Verhinderung von Konkurrenz Tätigkeit auf dem übertragenen Geschäftsgrundstück zum Ziel hat. Diese Wettbewerbsverbote setzen nicht notwendig eine Geschäftsveräußerung voraus; sie können auch bei der bloßen Übertragung eines Grundstücks vereinbart werden und den Erwerber hinsichtlich der Nutzung dieses Grundstücks beschränken. Da bei ihnen der Wettbewerbsverzicht sich nur auf ein bestimmtes Grundstück bezieht, hat sie das anglo-amerikanische und auch das deutsche Recht von den Wettbewerbsverboten des Themas insoweit deutlich unterschieden, als es hier nicht notwendig war, Maßstäbe gegen unangemessen weite Beschränkungen zu entwickeln²⁾.

- 1) Dazu vgl. Kuttler, Vertragliche Konkurrenzverbote. Ihre Beurteilung nach schweizerischem und englischem Recht, 1955, sowie Sax, Die vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen im Rechte Englands und der Vereinigten Staaten, Diss. Köln 1938
- 2) Vgl. einerseits Russell, L.J., in Regent Oil Co. v. Aldon Motors, (1965) 2 All E.R. 644, 650: "... I do not think that a tied covenant affecting only a particular property has ever before been attacked on the ground of restraint of trade since such attack failed in Catt v. Tourle, (1869) L.R. 4 Ch. 654"; andererseits RGZ 130, 145: Dort wird ein ausdrücklicher Unterschied gemacht zwischen der einer Person auferlegten Beschränkung, die ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit im ganzen oder einem wesentlichen Teile lähmt und einer solchen Vereinbarung, die sich nur auf die Bindung eines einzelnen Vermögensstücks der Vertragspartei bezieht.

In beiden Rechtsordnungen ist das vertragliche Wettbewerbsverbot des Unternehmensveräußerers bekannt und von großer praktischer Bedeutung. Für seine rechtliche Behandlung steht beiden Rechtsordnungen jedoch ein höchst unterschiedliches System von Möglichkeiten mit einer sehr verschiedenartigen Rechtstechnik zur Verfügung. Die vergleichende Darstellung der Rechtsfragen, die das Wettbewerbsverbot betreffen, wird daher besonders danach fragen müssen, welche Maßstäbe im einzelnen für die rechtliche Behandlung entwickelt sind, ob die Verschiedenheit der Maßstäbe die Erzielung gleichartiger Ergebnisse verhindert und auf welche Weise die etwa als sachgerecht erkannte Lösung des fremden Rechtssystems für den gleichartigen Fall im eigenen Recht fruchtbar gemacht werden könnte.

Die rechtsvergleichende Beschäftigung mit den im Thema genannten Wettbewerbsverboten erschien gerade deswegen besonders reizvoll zu sein, weil diese den beiden Rechtssystemen bekannten Vereinbarungen hier wie dort fast ausschließlich der Beurteilung durch Richterrecht überlassen waren. Im anglo-amerikanischen Recht geschah das durch die Ausbildung der common law-Doktrin der "contracts in restraint of trade", im deutschen Recht durch Ausfüllung der Generalklausel des § 138 BGB.

Ein besonderer Grund für die rechtsvergleichende Darstellung liegt auch darin, daß nach 1945 eine unmittelbare Berührung der beiden Rechtsordnungen stattgefunden hat, als die vorliegend zu erörternden Wettbewerbsverbote häufig auf ihre Vereinbarkeit mit den alliierten Dekartellierungsgesetzen zu prüfen waren. Die Rechtsprechung hatte wiederholt Gelegenheit, zu den daraus sich ergebenden rechtlichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung solcher Wettbewerbsverbote Stellung zu nehmen.

Die amerikanische Rechtsentwicklung zu den hier zu untersuchenden Fragen ist der englischen sehr ähnlich und führt im wesentlichen zu gleichen Ergebnissen¹⁾. Das Schwergewicht liegt daher auf der Darstellung des englischen common law. Abweichungen im Einzelfall oder unterschiedliche Akzente in der nordamerikanischen Rechtsprechung sind jeweils im Zusammenhang berücksichtigt.

§ 2 : Terminologische Fragen

Die Bezeichnung "Unternehmensveräußerung" wird nicht im Sinne eines bestimmten Unternehmensbegriffes gebraucht. Sie ordnet sich vielmehr den Zwecken der Arbeit unter. Danach ist es geboten, einen möglichst weiten Kreis von wirtschaftlichen Unternehmungen zu erfassen, deren gemeinsames Kriterium ihre Anerkennung als veräußerungsfähiger Rechtsgegenstand ist. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes knüpft gerade und allein an diese rechtlich zugestandene Möglichkeit der Veräußerung an.

Der Begriff "common law" wird in mehrfacher Bedeutung gebraucht. In einem allgemeinen Sinne ist zunächst "das den Rechtsordnungen der verschiedenen einzelnen Gebiete der Britischen Staatengemeinschaft (Commonwealth of British Nations) und der Gliedstaaten der Vereinigten Staaten von Amerika zugrunde liegende, in England entstandene Gewohnheitsrecht"²⁾ gemeint. Weiter wird mit common law häufig das in den genannten Ländern geltende ungeschriebene, von den Richtern geschaffene Recht bezeichnet, wie es dem gleichfalls vorhandenen

1) U.S. v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290, 347; Thorelli, The Federal Antitrust Policy, 1954, S.37

2) Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, 1932, S.9

geschriebenen Recht (statute law) gegenübergestellt werden kann¹⁾. Schließlich wird unter common law das Recht verstanden, wie es von den common law-Gerichten²⁾ entwickelt wurde und dem die equity-Rechtsprechung der Chancery-Gerichte gegenübergestellt werden kann³⁾. Aus dem jeweiligen Zusammenhang wird sich ergeben, in welchem Sinne der Gebrauch des Begriffes common law gemeint sein wird. Doch deutet schon der Hinweis auf die Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach den von den Gerichten allein ausgebildeten "restraint of trade"-Grundsätzen an, daß die Bezeichnung häufig im Sinne des ungeschriebenen "judge-made law", wie es dem Gesetzesrecht gegenübersteht, gebraucht werden wird.

-
- 1) Obwohl die Zahl der "statutes" ständig wächst und immer mehr Teilbereiche durch Gesetze geregelt werden - im Privatrecht sind besonders Wechsel-, Scheck- und Gesellschaftsrecht zu nennen - kommt dem statute-law doch nur eine Ergänzungsfunktion gegenüber dem common law-Richterrecht zu. Vgl. dazu Marbach, Der Begriff der Consideration im englischen Vertragsrecht, 1953, S.10
 - 2) Rheinstein, a.a.O., S.10: "Common Law ist das von den drei königlichen Gerichten in Westminster - Court of King's Bench, Court of Common Pleas, und Court of Exchequer - gehandhabte Recht."
 - 3) Equity ist ein zunächst vom Lord Chancellor, später vom Court of Chancery geschaffenes Billigkeitsrecht, durch das gewisse Härten und Starrheiten der common law-Regeln im Einzelfalle ausgeglichen werden sollten und das sich selbst zu einem System eigenständiger, das common law ergänzender Rechtsgrundsätze entwickelt hat. Durch den "Judicature Act" wurde 1873 der Court of Chancery mit den Common Law Courts zu einem Supreme Court vereinigt, der sich aus dem Court of Appeal und dem High Court of Justice mit mehreren Abteilungen zusammensetzt und in dem seither stets auch Equity-Regeln berücksichtigt werden müssen. Über die Neuordnung der Gerichte durch die Judicature Acts 1873-75 vgl. Jackson, The Machinery of Justice in England, 1964, S.7 ff.

Erster Hauptteil: Das Common Law

1. Kapitel: Die "restraint of trade"-Doktrin

§ 3: Einführung

I. Der Anwendungsbereich der "doctrine of contracts in restraint of trade"

1. England

Die englischen Richter haben die "restraint of trade"-Doktrin¹⁾ an Hand bestimmter Fallgruppen vertraglicher Beschränkungen der gewerblichen und beruflichen Tätigkeit entwickelt, die als typische und praktisch häufige Vereinbarungen immer wieder vor die Gerichte gekommen waren. Insbesondere wurden folgende Hauptfälle von der Rechtsprechung als "contracts in restraint of trade" betrachtet:

- a) Wettbewerbsverbote (covenants in restraint of trade)²⁾ in Arbeitsverträgen (contracts of employment). Der Arbeitnehmer verspricht, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber keinen Wettbewerb zu machen.
- b) Wettbewerbsverbote bei Geschäftsveräußerungen (sale of the goodwill of a business). Der Verkäufer verpflichtet sich, in Zukunft keine gewerbliche Tätigkeit auszuüben, die mit dem veräußerten Unternehmen konkurrieren könnte.

-
- 1) Der Eigenart des common law als Richterrecht entsprechend nicht als dogmatische Lehrmeinung, sondern als aus zahlreichen Vorentscheidungen geschichtlich gewachsene Rechtsregel aufzufassen.
 - 2) Wettbewerbsverbote werden auch verschiedentlich als "restrictive covenants" bezeichnet. Doch ist zu beachten, daß dieser Ausdruck neben seiner Verwendung im "restraint of trade"-Bereich vor allem noch im Grundstücksrecht in anderer Beziehung gebraucht wird. Hier werden als "restrictive covenants" bestimmte negative Dienstbarkeiten bezeichnet. Der "restrictive covenant" in diesem Sinne ist ein equity-Institut, das auf den Fall *Tulk v. Moxhay* (1848), 2 Ph. 774, zurückgeht. Nach dieser Entscheidung folgen solche "restrictive covenants" dem Grundstück (run with the land). Nach-

- c) Verträge, durch die sich Hersteller oder Kaufleute zusammenschließen (form a combination), um wettbewerbsbeschränkende Abmachungen z.B. über Produktionsbeschränkungen, Marktaufteilungen oder Preisbindungen zu treffen.¹⁾

Diese unterschiedlichen Gruppen zeigen deutlich, daß mit den Grundsätzen über "contracts in restraint of trade" den englischen Gerichten ein Prinzip zur Verfügung stand, mit dem sie sowohl Wettbewerbsverbote mit nur wettbewerbsbeschränkender Nebenwirkung im Vergleich zu einem regelmäßig gleichzeitig abgeschlossenen Hauptvertrag als auch solche Verträge erfaßten, deren unmittelbares Hauptziel es ist, den Wettbewerb zu beschränken und die allein zu diesem Zwecke vereinbart werden. Somit war das gesamte Feld vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen lange Zeit allein der common law-Rechtsprechung zu "restraint of trade" überlassen. Erst in neuerer Zeit hat in England der Gesetzgeber den traditionellen Anwendungsbereich der common law-Doktrin eingeengt. Insbesondere im Hinblick auf solche Wettbewerbsbeschränkungen, die im common law zu den "combinations in restraint of trade", also zur dritten der genannten Gruppen zählten, wurden Wettbewerbsgesetze erlassen²⁾. Sie

Forts.Fußn.2 (S.7) folgende Erwerber des dienenden wie auch das herrschenden Grundstückes werden in equity an den Inhalt des "restrictive covenant" gebunden bzw. aus ihm berechtigt. Vgl. Preston & Newson, Restrictive Covenants affecting Freehold Land, 1960

- 1) Diese Einteilung in wichtigste Hauptgruppen folgt derjenigen bei Cheshire & Fifoot, The Law of Contracts, 1964, S.324 und Anson-Guest, Principles of the English Law of Contract, 1964, S.323 f. Sie dient lediglich der Kennzeichnung des herkömmlichen Anwendungsbereiches der "restraint of trade"-Doktrin, ist aber keineswegs vollständig.
- 2) z.B.: Monopolies and Restrictive Practices Commission Act, 11 & 12 Geo.6, c.66(1948); Restrictive Trade Practices Act, 4 & 5 Eliz.2.c.68(1956); für eine Übersetzung ins Deutsche vgl. WuW 56,818

bilden die Grundlage für das eigentliche moderne englische Wettbewerbsrecht, das zumeist unter der Bezeichnung "Restrictive Practices" gesondert behandelt wird¹⁾.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist wichtig, daß Wettbewerbsverbote weiterhin nach den Grundsätzen der "restraint of trade"-Lehre des common law beurteilt werden. Nach dem Eingriff der Gesetzgebung sind eigentlich nur sie noch die Hauptanwendungsfälle dieser Doktrin. Die Darstellung wird sich demnach mit dem vom Gesetzgeber unangetastet gebliebenen Bereich des common law zu beschäftigen haben. Doch darf auch die Frage nach dem Umfang und der Bedeutung der neueren Gesetzgebung im einzelnen - soweit es zur Abgrenzung der zu behandelnden Rechtsfragen erforderlich ist - nicht unbeantwortet bleiben.

2. Die Vereinigten Staaten

Im Unterschied zu der Entwicklung in Großbritannien war in den U.S.A. nicht erst der Eingriff der Gesetzgebung nötig, um die Regelung aller Wettbewerbsbeschränkungen nach einheitlichen common law-Grundsätzen aufzulösen. Die sich rapide entwickelnde Wirtschaft mit ihren Konzentrationsvorgängen und der Schaffung von Trusts, Kartellen und Praktiken zur Beseitigung oder Beschränkung des Wettbewerbs stellte die Gerichte schon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts vor die Frage einer grundsätzlichen Klärung der Zulässigkeit vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen. Dieses für das System einer freien Wettbewerbswirtschaft vordringliche Problem war kaum mit den common law-Grundsätzen zu lösen, die sich an vertraglichen Beschränkungen der Berufs- oder Gewerbebefreiheit einzelner ausgebildet hatten.

1) Dazu vgl. Lever, The Law of Restrictive Practices and Resale Price Maintenance, 1964; Wilberforce-Campbell-Elles, The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, 1957.

"Restraint of trade" bekommt so in der Folgezeit schon durch die Rechtsprechung der Gerichte einen je nach Art der Wettbewerbsbeschränkung verschiedenen Inhalt. Neben die herkömmlichen Maßstäbe treten neue Beurteilungsgesichtspunkte. War nach der englischen Doktrin insbesondere auf die Interessen der Parteien Rücksicht zu nehmen, so wird jetzt das öffentliche Interesse an der Verhinderung einer Marktbeherrschung oder Marktbeeinflussung besonders betont¹⁾; eine bei Konkurrenzverboten kaum vordringliche Frage. Weiterhin wird schon die Absicht der Monopolisierung für rechtswidrig erklärt und damit dem objektiven Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung ein subjektiver zur Seite gestellt.²⁾ Die Folge ist eine unterschiedliche Behandlung von Wettbewerbsverboten und vertraglichen Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung zum Hauptziel haben. Über die Unterschiede im einzelnen herrscht allerdings Streit³⁾. Hier genügt der Hinweis auf einen solchen Unterschied, dem zufolge die aus dem englischen common law übernommenen "restraint of trade"-Grundsätze nun im wesentlichen nur noch für verschiedene Fallgruppen von Wettbewerbsverboten galten. Die Unterscheidung wurde dann endgültig mit der Schaffung von Antitrust-Gesetzen dokumentiert⁴⁾.

Zur Auseinandersetzung darüber, welche Wettbewerbsbeschränkungen im einzelnen unter die weitgefaßten Verbotstatbestände des Sherman Act fielen, diene die Unterscheidung zwischen "ancillary" und "non-

1) Vgl. Sax, a.a.O. S.51

2) Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959, S.35 f.

3) Dazu Näheres bei Oppenheim, Federal Antitrust Laws, 1959, S.6

4) Insbesondere Sherman Act, 1890, als Bundesrecht sowie Antitrust-Gesetze in den einzelnen Bundesstaaten.

ancillary restraints"¹⁾. Richter Taft verstand in *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*²⁾ unter "ancillary restraints" solche Vereinbarungen, die einem erlaubten Hauptzweck einer größeren vertraglichen Abmachung untergeordnet sind und ihn durchführen sollen³⁾. Beispiele sind auch die hier darzustellenden Wettbewerbsverbote. Ein "non-ancillary restraint" ist dagegen eine Vereinbarung, deren Hauptziel es ist, den Wettbewerb unmittelbar entweder zu verhindern oder zu beschränken⁴⁾.

Die verschiedenen Fallgruppen von Wettbewerbsverboten werden in Anlehnung an diese Unterscheidung in den U.S.A. häufig als "ancillary restraints" bezeichnet. Sieht man diese Bezeichnung im Zusammenhang mit ihrer Entwicklungsgeschichte, so stellt sie sich als eine für die Zwecke des Antitrustrechts eingeführte Sammelbezeichnung für solche Vereinbarungen dar, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung nur als Nebenfolge eines legalen Hauptzwecks erscheint und die deswegen aus dem Verbotsbereich der Wettbewerbsgesetze ausgeklammert bleiben sollen. Mit Hilfe des "ancillary"-Prinzips wurde auf Gedanken der "reasonableness"-Beurteilung des common law zurückgegriffen, die nun für

-
- 1) Das Prinzip der "ancillarity" stammt aus dem englischen Common Law. "Ancillary" oder "incidental" ist ein Gegenstand, wenn er entweder üblicherweise oder natürlicherweise von einer mit ihm verbundenen Hauptsache abhängt, zu ihr gehört bzw. ihr folgt (vgl. *Bouvier-Rawle, a.a.O., S.1006; Stroud, a.a.O., Bd.1, S.82, Bd.2, S.943*. Ebenda auch Beispiele für die Anwendung des Prinzips im common law, denen jedoch "contracts in restraint of trade" nicht angehören.
 - 2) 85 F.271 (6th Cir. 1898)
 - 3) a.a.O., S.282: "...the contract must be one in which there is a main purpose, to which the covenant in restraint of trade is merely ancillary."
 - 4) a.a.O., S.282: "...but where the sole object of both parties in making the contract as expressed therein is merely to restrain competition and enhance or maintain prices, it would seem that there was nothing to justify or excuse the restraint."

die Auslegung des Sherman Act fruchtbar gemacht werden sollten.¹⁾ Der "standard of reason" bestimmte auch, ob das Gesetz im Einzelfall verletzt war oder nicht²⁾. "Ancillary restraints" dienten somit als Grundlage für die Entwicklung einer "rule of reason" im Antitrustrecht³⁾.

Die common law-Grundsätze hatten zwar in den U.S.A. schon wesentlich früher als im Ursprungsland Großbritannien in der genannten Weise ihre Bedeutung als einheitliche Regel für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen jeder Art eingeübt; Wettbewerbsverbote unterfielen jedoch auch in den U.S.A. weiterhin denjenigen "restraint of trade"-Grundsätzen, die dem Vorbild des englischen common law entsprachen und auch ohne inhaltliche Äußerung nach der Einführung der Antitrust-Gesetze weitergalten⁴⁾.

1) Vgl. Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S.1, 58(1910)

2) Zur Problematik der Übernahme der common law-Grundsätze ins Gesetzesrecht vgl. unten S. 97.

3) Vgl. dazu im einzelnen unten S. 97 f.

4) In einigen Staaten sind gesetzliche Vorschriften auch für Wettbewerbsverbote der hier behandelten Art erlassen worden. Zu nennen sind insbesondere Alabama, California, North Dakota, Oklahoma und South Dakota. Ihre gesonderte Darstellung ist nicht erforderlich, da sie im wesentlichen eine Kodifikation der zu erörternden common law-Grundsätze bedeuten. Vgl. dazu die Übersicht bei Gooderson: Restraint of Trade in the Field Code, 79 L.Q.R.410(1963), der insbesondere darauf aufmerksam macht, daß fast alle diese Bestimmungen der Einzelstaaten-Gesetze auf einen einzigen Gesetzesentwurf zurückgehen, der als der "Field Code" bezeichnet wird. Vgl. auch 45 ALR 2d 291 (Anno.).

II. "Restraint of trade" und allgemeines Vertragsrecht

"Restraint of trade"-Grundsätze geben Antwort auf die Frage nach der inhaltlichen Zulässigkeit der zu behandelnden Wettbewerbsverbote. Daneben gilt für die Begründung einer solchen Verpflichtung, ungeachtet der Wirksamkeit ihres Inhaltes, auch bei "contracts in restraint of trade" das allgemeine Vertragsrecht mit seinen Regeln über die Entstehungsvoraussetzungen einer vertraglichen Bindung. Einige kurze Hinweise auf das allgemeine Vertragsrecht, ebenfalls weitgehend ein Gebiet des "judge-made law", mögen hier einführend vorausgeschickt sein.

Vertragliche Verpflichtungen können nach anglo-amerikanischem Recht entweder in einer bestimmten Form durch eine gesiegelte Urkunde (deed) oder auch ohne diese besondere Form schriftlich, mündlich oder schlüssig als "simple contracts" von den Parteien begründet werden.

Das bestimmende Unterscheidungsmerkmal ist danach, ob ein Vertrag "under seal" ist oder nicht¹⁾. Bindet die besondere Form des Siegels²⁾ die Parteien im ersten Falle unmittelbar, so wird bei den "simple contracts" aber durch übereinstimmende, auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtete Willenserklärungen allein eine Rechtsbeziehung der Vertragspartner noch nicht geschaffen. Zusätzlich ist für diese Kategorie von Verträgen noch "consideration" notwendig. Erst dadurch hört die Willensübereinstimmung der Parteien auf, bloßes "agreement" zu sein, an das sich noch keine Rechtsfolgen knüpft, sondern führt zusammen mit "consideration" zur rechtswirksamen Begründung eines Vertragsverhältnisses, des "contract."³⁾

1) Vgl. im einzelnen Marbach, a.a.O. S.2 ff.

2) An Stelle eines echten Siegels wird heute meistens eine Siegelmarke aus Papier verwendet (James, Introduction to English Law, 1962, S.398).

3) Treitel, The Law of Contract, 1962, S.41

Der Begriff der "consideration" kann dabei am ehesten umschrieben werden als Gegenleistung im weitesten Sinne¹⁾. Ihm liegt der Gedanke zu Grunde, daß kein Gläubiger sich auf einen vertraglichen Anspruch soll berufen können, der nicht selbst auch gleichzeitig in diesem Vertrag dafür eine irgendwie geartete Belastung übernommen oder etwas von Wert aufgegeben hat. Andererseits soll der Schuldner seine Verpflichtung nur eingehen, wenn ihm als Ausgleich für seine Leistung die "consideration" als grundsätzlich vermögenswertes Interesse zufließt. So besteht denn "consideration" nach der klassischen Definition "either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other."²⁾

"Consideration" ist somit ein wesentliches Vertragselement, das darüber entscheidet, ob ein wirksamer "contract" oder nur ein nicht bindendes "agreement" im Einzelfall vorliegt³⁾. Daher wird "consideration" auch bei der Frage nach den durch das allgemeine Vertragsrecht abgesteckten Grenzen der Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten von Bedeutung sein. Dies kann eine besondere Bedeutung sein, die sich gerade aus der Anwendung der "consideration"-Grundsätze auf "contracts in restraint of trade" ergibt⁴⁾. Es kann auch lediglich die Rolle sein, die "consideration"

- 1) So Käser, Der Vertrag zugunsten Dritter im englischen Recht, RabelsZ 1956, 423; zur "consideration"-Lehre im einzelnen vgl. auch v. Hippel, E., Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht. Zugleich ein Beitrag zur Consideration-Lehre, 1963, S. 62 ff.
- 2) Currie v. Misa (1875), L.R. 10 Ex. 153, 162 (Lush, J.)
- 3) Zweigert, JZ 64, 349 ff., bezeichnet "consideration" daher als ein "Seriositätsindiz", das der Aufgabe dient, verbindliche Rechtsgeschäfte von den unverbindlichen zu scheiden. Ebenda auch eine rechtsvergleichende Zusammenstellung ähnlicher Versuche anderer Rechtsordnungen.
- 4) Gare, The Law relating to Covenants in Restraint of Trade, 1935, S. 9: "...Consideration has been spoken of by certain judges as if it had some special importance in this connection."

beim Zustandekommen jedes anderen Vertrages ebenfalls spielt. Bei der Darstellung der einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen der im Thema genannten Wettbewerbsverbote wird hierauf einzugehen sein.

III. "Restraint of trade" und "public policy"

1. Begriff der "public policy"

"Contracts in restraint of trade" werden nach common law zu denjenigen Verträgen gerechnet, deren inhaltliche Zulässigkeit die Gerichte unter Berufung auf "public policy" beurteilt haben¹⁾. So sind Wettbewerbsverbote mit der Begründung für unwirksam erklärt worden, sie seien "in restraint of trade and contrary to public policy"²⁾. Auch in der Literatur ist "public policy" als das Fundament für das sich auf "contracts in restraint of trade" beziehende Recht bezeichnet worden³⁾. Eine Klärung der Bedeutung von "public policy", besonders im Hinblick auf das Verhältnis zu den "restraint of trade"-Grundsätzen, die über die inhaltliche Wirksamkeit der darzustellenden Wettbewerbsverbote entscheiden, erscheint daher vorweg als erforderlich.

Das anglo-amerikanische Konzept der "public policy"⁴⁾ gibt dem Richter im Rahmen des Vertragsrechtes die Möglichkeit, den Inhalt von Verträgen für unwirksam zu erklären, die nach kontinentalen Rechts-

1) Zur Einteilung solcher Vertragstypen vgl. Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.298 f.

2) Vgl. Hinweis von Somervell, L.J., in Goodinson v. Goodinson, (1954) 2 Q.B. 118,121

3) Moller, Voluntary Covenants in Restraint of Trade, 1925, S.34

4) Für Einzeldarstellungen vgl. Lloyd, Public Policy, 1953; Winfield, Public Policy in the English Common Law, 42 Harv.L.R.76 (1928); Wright, Legal Essays and Addresses, 1939, S.66 ff.; Abraham, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150, S.385 ff.; Todsen, Der Gesichtspunkt der public policy im englischen Recht, Diss. Hamburg 1937; Simitis, Gute Sitten und Ordre Public, 1960, S.112 ff.

ordnungen mit Hilfe von Generalklauseln über gute Sitten¹⁾ oder "ordre public"²⁾ zu beanstanden wären³⁾. Ist "public policy" damit zwar das "annähernde Gegenstück"⁴⁾ zu der Funktion der genannten Generalklauseln, so ist eine unmittelbare Gleichsetzung aber deswegen ausgeschlossen, weil es sich dabei um ein eigenständiges, dem common law eigentümliches Konzept handelt, dessen Beschreibung zwar häufig versucht, dessen präzise Definition aber als unmöglich bezeichnet worden ist⁵⁾. So ist es beschrieben worden als ein Prinzip, das bestimmt: "No subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good"⁶⁾. Kennzeichnend für die "public policy"-Doktrin ist demnach, daß sie über den engeren Bereich hinausgeht, in dem ein Ver-

- 1) z.B. § 138 BGB; Art. 1133 c.c. (Bonnes moeurs)
- 2) z.B. Art. 6 cc. (ordre public interne). Die Berücksichtigung der "öffentlichen Ordnung" bedeutet, daß sich der Inhalt von Rechtsgeschäften im Einklang mit dem öffentlichen Zustand befinden muß, der "in bestehenden, für ihn wesentlichen Gesetzen des öffentlichen oder auch privaten Rechts seinen positiven Niederschlag gefunden hat." (Abraham, a.a.O., S. 386)
- 3) Zu beachten ist jedoch, daß der Begriff "public policy" im anglo-amerikanischen Recht in mehrfacher Bedeutung gebraucht wird. In einem positiven, weiten Sinne haben "public policy"-Erwägungen zur Entwicklung der gesamten common law-Regeln geführt, denn die Gerichte haben ihre Entscheidungen stets im Lichte des Allgemeinwohls gefällt. In einem negativen, engeren Sinne dient das Prinzip zweierlei Aufgaben. Einmal wird damit im internationalen Privatrecht die Anwendbarkeit fremden Rechts und die Anerkennung ausländischer Urteile begrenzt; zum anderen wird dadurch im materiellen Vertragsrecht die Vertragsfreiheit beschränkt, indem bestimmte Vereinbarungen ihrem Inhalt nach als gegen "public policy" gerichtet und daher als unwirksam angesehen werden. Die Erörterung hier beschränkt sich allein auf die zuletzt genannte Bedeutung.
(Zur vorstehenden Unterscheidung vgl. Nußbaum, Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws, 49 Yale L.J., S. 1027 sowie James, a.a.O., S. 247)
- 4) Lloyd, The Idea of Law, 1964, S. 272: "approximate equivalent"
- 5) Vgl. Hedges, The Law relating to Restraint of Trade, 1932, S. 2
- 6) Lord Truro in Egerton v. Brownlow (1853), 4 H.L.C., 196

trag auf einen Sittenverstoß hin zu prüfen ist oder gefragt wird nach seiner Übereinstimmung mit der in den geltenden Gesetzen ausgedrückten öffentlichen Ordnung. Vielmehr will sie auch in einem weiteren Sinne solche Verträge für unwirksam erklären, die eine schädliche Tendenz zum Nachteil von Interessen des Staates oder der Allgemeinheit, damit öffentlicher Interessen, haben¹⁾.

2. "Public policy" und die Entscheidung des Einzelfalles

Eine derartige weite Berücksichtigung öffentlicher Interessen erscheint jedoch aus doppeltem Grunde bedenklich, soll eine richterliche Entscheidung über den Inhalt eines einzelnen Vertrages getroffen werden.

Was zunächst "public interest" oder "public good" im einzelnen erfordert, ist rechtlich schwer zu fassen und wird überdies nicht notwendig zu allen Zeiten gleichmäßig beurteilt. Mit den sozialen, politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen ändern sich auch die Auffassungen darüber, was dem Wohl der Allgemeinheit unter den jeweiligen Umständen entspricht.

Weiterhin mag der Richter seine Ansicht über das, was die öffentlichen Interessen verlangen, aus eigener, subjektiver Überzeugung gewonnen haben. Seine Auffassung über das Allgemeinwohl muß aber nicht notwendig mit den tatsächlichen Erfordernissen übereinstimmen.

Hierin lag der Grund dafür, daß die Gerichte die Möglichkeit hatten, in eine weite Skala von vertraglichen Vereinbarungen unter Berufung auf "public policy" einzugreifen²⁾. Andererseits haben die common law-

1) Vgl. Osborn, A Concise Law Dictionary, 1964, S.259

2) Neben "restraint of trade"-Fällen wurden so unterschiedliche Vereinbarungen wie u.a. eine Wette bezüglich der Lebensdauer Napoleons (Gilbert v. Sykes (1812), 16 East 150), der vertragliche Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs (Ancil v. Manufacturers' Life Insurance Co., (1899) A.C.604) und ein Heiratsmäklervertrag (Hermann v. Charlesworth, (1905) 2 K.B. 123) der Entscheidung nach "public policy"-Gesichtspunkten unterstellt.

Richter gerade aus den genannten Gründen häufig aber auch vor der Anwendung dieses Prinzips gezögert und vor einer Ausdehnung gewarnt. So hält Baron Parke in *Egerton v. Brownlow*¹⁾ "public policy" für einen vagen und unbefriedigenden Begriff, der dazu geeignet ist, zu Unsicherheit und Irrtum zu führen, wenn er auf Entscheidungen über die Geltung von Rechten angewendet werde²⁾.

Diese Abneigung gegen die Anwendung des dehnbaren und wandelbaren Prinzips der "public policy" hat zu dem Versuch der rechtlichen Absicherung seines Gebrauches geführt. Nach gegenwärtig herrschender Auffassung sind die Gerichte bei der Frage nach der Zulässigkeit eines Vertragsinhalts gehalten, nur solche öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, die in einer Reihe von Vorentscheidungen (precedents) bereits richterlich gewürdigt worden sind und deren Bewertung und Abwägung durch die Gerichte zur Ausbildung von enger gefaßten common law-Regeln (rules) geführt hat³⁾. Diese entscheiden jeweils als Rechtsregeln für bestimmte Fallgruppen, mit denen die Gerichte sich im Laufe der Entwicklung des common law unter "public policy"-Gesichtspunkten beschäftigt haben und die zu

1) (1853), 4 H.L.C.I

2) Das wohl eher seiner plastischen Ausdrucksweise als substantiierter Kritik wegen meistzitierte Beispiel richterlicher Abneigung gegen "public policy" findet sich in *Richardson v. Mellish*, 2 Bing 229, 252, wo Burrough, J., sagt: "... it is a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you."

3) *Earl of Halsbury, L.C.*, in *Janson v. Driefontein Ltd.*, (1902) A.C. 484, 491: "... it is because these things have been either enacted or assumed to be by the common law unlawful, and not because a judge or court have a right to declare that such things are in his or their view contrary to public policy." Weiterhin vgl. *Egerton v. Brownlow* (1853), 4 H.L.C.I (*Baron Parke*, S.123) und *Lord Wright*, *Legal Essays and Addresses*, S.91.

verschiedenen "bodies of precedent" geführt haben, ob eine Vereinbarung unwirksam ist. Der erkennende Richter ist insoweit nicht mehr in der Beurteilung dessen, was er als für das Allgemeinwohl erforderlich ansieht, frei, sondern an die "precedents"¹⁾ gebunden²⁾.

Mit zu den wichtigsten Gruppen von Vorentscheidungen, die auf der Grundlage von "public policy"-Erwägungen zu bestimmten common law-Regeln geführt haben, gehören die "contracts in restraint of trade".

- 1) Im anglo-amerikanischen Recht ist der erkennende Richter an die "ratio decidendi", das sind die wesentlichen Fakten und die auf ihnen beruhende Rechtsentscheidung eines Falles (vgl. Williams, Learning the Law, 1963, S.71 f.), aller übergeordneter Instanzen gebunden. Äußerungen über Rechtsfragen ohne unmittelbare Bedeutung für den zu entscheidenden Fall sind "obiter dicta" und haben keine Bindungswirkung. Wichtig ist noch, daß das höchste Gericht in England, das House of Lords, an seine eigenen früheren Entscheidungen ebenfalls gebunden ist. Zum Ganzen Näheres bei James, a.a.O., S. 10 ff.
- 2) Dem steht allerdings eine andere Meinung gegenüber, die "public policy" bezeichnet als "a principle of judicial legislation or interpretation founded on the current needs of the community" (Winfield, 42 Harv.L.R., S.92). Danach wird die Entscheidung von Fällen nach festen Kategorien von "public policy precedents" zurückgewiesen und insbesondere eine Folgerung kritisiert, die aus der herrschenden Auffassung gezogen worden ist. Sie besagt, daß eine Prüfung neuer, noch nicht entschiedener Fallgruppen unter "public policy"-Gesichtspunkten ausgeschlossen ist. So z.B. Lord Halsbury in Janson v. Driefontein Ltd., (1902) A.C.484,491: "I deny that any court can invent a new head of public policy." Diese Kontroverse soll nicht weiter verfolgt werden. Dazu vgl. im einzelnen Lloyd, Public Policy, S.122 ff. und Stone, The Province and Function of Law, 1946, S.494 ff. Ihre Bedeutung wird besonders deswegen vermindert, weil es schwierig, wenn nicht unmöglich ist, bestehende "heads of public policy" und neue "heads" zu definieren und genau voneinander abzugrenzen. (Lloyd, The Idea of Law, S.272)

Über deren Wirksamkeit wird, was den Inhalt solcher Vereinbarungen anlangt, nicht unter unmittelbarer Berufung auf öffentliche Interessen entschieden, sondern im Rahmen der durch "precedents" herausgebildeten "restraint of trade"-Doktrin.

Dennoch wird besonders für den Bereich dieser common-law-Lehre darauf hingewiesen, daß hier nicht die gleiche, strenge Bindungswirkung an Vorentscheidungen herrscht wie auf anderen common law-Gebieten¹⁾. Dieser Unterschied hat seinen Grund insbesondere darin, daß bei der "restraint of trade"-Doktrin im Gegensatz zu anderen common law-"rules" Ausgangspunkt und Grundstein das Prinzip der "public policy" ist, dessen häufig betonte Wandlungsfähigkeit²⁾ die Ausbildung allzu starrer Regeln nicht zugelassen hat.

3. Verhältnis von "public policy" und "restraint of trade"

Das Verhältnis des Prinzips der "public policy" zur "restraint of trade"-Doktrin, wie es im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen für die Beurteilung der inhaltlichen Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten geklärt werden muß, gestaltet sich daher wie folgt: Über die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung wird nicht unter unmittelbarer Berufung auf "public policy" entschieden. Dieses weite, grundlegende Prinzip hat vielmehr die Entwicklung einer "restraint of trade"-Doktrin ausgelöst und damit die Ausbildung von Regeln für diese bestimmte Fallgruppe bewirkt.

1) Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co., Ltd., (1894) A.C. 534,553

2) "...I quite admit...that changes in social conditions and manners may involve changes in respect of the contracts which are forbidden as being against public policy..."(Kennedy, L.J., in Wilson v. Carnley, (1908) 1 K.B.729,743); vgl. auch Treitel, a.a.O., S.294

Sie stützen sich auf eine lange Reihe von Gerichtsentscheidungen und gehören zum geltenden common law¹⁾. An ihnen ist im Rahmen der "precedent"-Bindung die Entscheidung des Einzelfalles grundsätzlich auszurichten²⁾.

Damit hat sich der Einfluß des "public policy"-Grundsatzes aber noch nicht erledigt. Als zeitgebundenes, weil aus den jeweiligen Verhältnissen schöpfendes und sich deren Veränderungen anpassendes Prinzip ist es auch nach Ausbildung der ursprünglichen "rules" weiterhin fruchtbar und beeinflusst ihre Entwicklung und Wandlung³⁾. Stets soll das Recht in Berührung bleiben mit den "needs and ideas of the age"⁴⁾. Im System des common law wird das dadurch erreicht, daß sich die Bindungswirkung an die die Regel konstituierenden "precedents" abmildert. "Public policy" wirkt somit durch die "restraint of trade"-Vorentscheidungen nicht als starre "rule", sondern als flexible Norm oder "standard of law"⁵⁾, dessen Anwen-

-
- 1) Die Verselbständigung der "restraint of trade"-Doktrin führt gelegentlich sogar dazu, daß bei Darstellungen ihrer Grundsätze der Zusammenhang mit dem "public policy"-Prinzip völlig unerwähnt bleibt, vgl. zB. Smith-Gutteridge, A Compendium of Mercantile Law, 1931, S.2
 - 2) Lord Wright, a.a.O., S.78; vgl. auch Simitis, a.a.O., S.119
 - 3) "...public policy has partially precipitated itself into recognised rules which belong to law properly so called but...these rules have remained subject to the moulding influence of the real reasons of public policy from which they proceed". (Viscount Haldane in Rodriguez v. Speyer Broth., (1919) A.C.59,81)
 - 4) Holdsworth, A History of English Law, 1948, Bd.VIII, S.55
 - 5) Lloyd, Public Policy, S.115; über das Verhältnis von "principle", "rule" und "standard" vgl. im einzelnen Paton, A Textbook of Jurisprudence, 1964, S.204 ff. sowie Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1964, S.96 u.195

dung auf Einzelfälle sich bei unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen verschieden gestalten kann. Dadurch wird dem Richter auch im Rahmen einer Entscheidung, die sich an "precedents" zu halten hat, jene Anpassungsfähigkeit an sich wandelnde Verhältnisse zugestanden¹⁾, die auf dem Kontinent die Rechtsprechung zu den Generalklauseln stets für sich in Anspruch genommen hat²⁾.

4. "Freedom of trade" und "freedom of contract"

Ist damit der rechtliche Weg gekennzeichnet, auf dem "public policy" die Ausbildung der "restraint of trade"-Grundsätze bewirkt und deren Veränderung und ständige Entwicklung beeinflußt hat, so bleibt noch die Frage danach, welche "public policy"-Überlegungen es im einzelnen waren, die bei der rechtlichen Beurteilung vertraglicher Wettbewerbsverbote nach "restraint of trade"-Regeln im Vordergrund gestanden haben.

Wie etwa Sicherheitsinteressen des Staates oder das öffentliche Interesse an der Ehe als Institution als besondere "public-policy"-Grundsätze zu bestimmten "rules" über die Wirksamkeit von Verträgen geführt haben³⁾, so betont das common law im Rahmen von

- 1) Auch die oft betonte machtvolle Rolle, die der Richter bei der Schöpfung und Entwicklung des common law spielt, befähigt ihn nicht dazu, alle Urteile stets den Notwendigkeiten der Zeit anzupassen. Die strenge Bindung an "precedents" läßt häufig wenig Raum für eine rechtsschöpferische Entscheidung. Vgl. Lloyd, Public Policy, S.119
- 2) In den U.S.A. entwickelte sich "public policy" auf der Grundlage des englischen Vorbildes. Doch wurde hier im Laufe der Zeit die Bindung an Vorentscheidungen besonders stark abgeschwächt. Die Gerichte sind von den "precedents" abgewichen und haben unter dem Einfluß des rapiden wirtschaftlichen und sozialen Wandels neue Grundsätze geschaffen. Ein Beispiel dafür ist gerade die oben (S.9f.) erörterte Entwicklung der Rechtsprechung zu vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen. Näheres zur Entwicklung von "public policy" in den U.S.A. bei Simitis, a.a.O., S.142 f.
- 3) So sind z.B. Handelsvereinbarungen mit Angehörigen feindlicher Mächte in Kriegszeiten oder das Heiratsversprechen einer bereits verheirateten Person unwirksam. Dazu vgl. Treitel, a.a.O., S.271 ff.

"restraint of trade"-Fällen zunächst das öffentliche Interesse an weitgehender Berufs- und Handelsfreiheit. Die Bedeutung dieses "freedom of trade" wird sehr treffend von Vice-Chancellor James¹⁾ hervorgehoben: "Public policy requires that every man shall be at liberty to work for himself, and shall not be at liberty to deprive himself or the state of his labour, skill or talent, by any contract he enters into." Andererseits ist aber ebenfalls die Freiheit zum Abschluß und zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen ein wesentlicher Grundsatz der "public policy". Das betont Sir G.Jessel²⁾ sehr stark: "...if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting".

Diese beiden Grundprinzipien sind nicht leicht miteinander zu vereinbaren. Mit der im weiten Umfange eingeräumten Vertragsfreiheit kann die Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung leicht aufgehoben werden. Lord Atkinson³⁾ kennzeichnet treffend den daraus entstehenden Konflikt: "...two principles or views of public policy come into conflict in cases as this, namely, freedom of trade and freedom of contract. While the community is vitally interested in trade being free, it is also vitally interested in people being free to contract and being held to their contracts"⁴⁾.

1) in *Leather Cloth Co. v. Lhorsont* (1869), L.R.9 Eq. 345,354

2) in *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875), L.R.19 Eq.462,465

3) in *Morris v. Saxelby*, (1916) A.C.688,699

4) Im deutschen Recht stellt sich der Gedanke der Kollision von Wettbewerbsfreiheit und Vertragsfreiheit als Konflikt zweier Grundrechtsgüter im Rahmen des Art.2 Abs.1 GG dar. Vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S.83

In neueren, die geltenden Grundsätze des "restraint of trade"-Bereiches enthaltenden Entscheidungen ist der Versuch festzustellen, beide Prinzipien miteinander zu versöhnen und einen Ausgleich zu finden¹⁾. Demgegenüber haben in der Vergangenheit die Gerichte zeitweilig unter einseitiger Berufung auf "freedom of trade" Beschränkungen von Beruf oder Gewerbe in Wettbewerbsverboten in weitem Umfang als ungültig angesehen und zu anderen Zeiten mit der Betonung von "freedom of contract" solche Vereinbarungen grundsätzlich nicht angegriffen. Mit den Verhältnissen und Ideen einer Epoche wechselte auch die Auffassung darüber, was "public policy" verlange. Wie etwa die Betonung von "freedom of trade" während der Regierungszeit Elizabeth's I.²⁾ auf dem Hintergrund des Kampfes der common law-Gerichte gegen rechtswidrige Verleihungen von Monopolen durch die Krone³⁾ geschieht, so muß die bestimmende Rolle von "freedom of contract" in Entscheidungen des 19. Jahrhunderts im Zusammenhang mit dem Ideengut des Liberalismus gesehen werden⁴⁾.

Die gesamte Entwicklung der "restraint of trade"-Regeln ließe sich somit im Spiegel der wechselnden Betonung dieser "public policy"-Grundsätze im Laufe der Geschichte dieses Rechtsbereiches darstellen. Je-

-
- 1) Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co. v. Nordenfelt, (1893) 1 Ch. 630, 666; Morris v. Saxelby, (1916) A.C. 688, 716
 - 2) Sanderson, Restraint of Trade in English Law, 1926, S. 13
 - 3) vgl. Ipswich Tailors' Case (1615), 11 Co. Rep. 53a, 53b: "...the common law abhors all monopolies, which prohibit any from working in any lawful trade".
 - 4) vgl. Jessel, M.R., in Printing v. Numerical Reg. Co. v. Sampson (1875), L.R. 19 Eq. 462, 465: "Therefore, you have this paramount public policy to consider, that you are not lightly to interfere with this freedom of contract". Sanderson, a.a.O., S. 36 bezeichnet diese Bemerkung als "the high-water mark of the laissez-faire doctrine".

doch würde die hierfür notwendig werdende Untersuchung des jeweiligen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Hintergrundes den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Doch erschien ein kurzer Hinweis auf diese Zusammenhänge als nicht verfehlt, denn in dem von "public policy" geformten Teil des common law waren die Gerichte weit eher zur Aufgabe oder Veränderung von Rechtsauffassungen auf Grund neuer Verhältnisse und Bedürfnisse bereit als in jedem anderen Rechtsbereich¹⁾.

Die heute geltenden common law-Regeln sind das Ergebnis des von "public policy" gesteuerten Entwicklungsprozesses. Die nachfolgende Darstellung des historischen Wachsens der für die Wettbewerbsverbote des Themas maßgeblichen "restraint of trade"-Grundsätze erleichtert nicht nur das Verständnis des aktuellen Rechtes, sondern ist bei einer Behandlung von Rechtsfragen des common law geradezu geboten. Gerade in der Bindung an "precedents", der in diesem Zusammenhang wichtigen Besonderheit des anglo-amerikanischen Rechtes, liegt ein ständiger Dialog des geltenden Rechtes mit seiner Geschichte begründet²⁾. Das gesamte common law ist "historisch organisiert"³⁾. Seine Grundsätze sind mit dem Wachstum des Fallrechtes verbunden und daher auch eher historisch als dogmatisch zu begreifen.

1) Lloyd, Public Policy, S.130

2) Darauf weist insbesondere Kuttler, a.a.O., S.56, für den "restraint of trade"-Bereich hin.

3) Rheinsteins, a.a.O., S.7

§ 4 : Die geschichtliche Entwicklung der "restraint of trade"-Doktrin

I. Ablehnung aller "restraints" in frühester Zeit

Die erste und wichtigste Aufzeichnung des common law im "restraint of trade"-Bereich ist der Dyer's Case¹⁾ aus dem Jahre 1414. Die Klage beruhte auf einer gesiegelten Urkunde besonderer Art, einem "bond"²⁾. Darin hatte der Beklagte, ein Färber, die Zahlung einer Geldsumme versprochen. Seine Verpflichtung sollte jedoch dann ihre Kraft verlieren, wenn er darauf verzichten würde, innerhalb von zwei Jahren in der Heimatstadt des Klägers sein Handwerk auszuüben. Richter Hull entschied, daß diese Bedingungen gegen das common law verstieß; er sah sie sogar als strafwürdig an, wie aus einer oftzitierten temperamentvollen Äußerung³⁾ in diesem Urteil zu entnehmen ist.

1) (1414), Y.B. Hen.V, Bd.5, S.26

2) Gemeint ist hier und im folgenden nur ein "double bond" oder "conditional bond". In einer solchen Urkunde (deed) verspricht der Schuldner, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Diese Verpflichtung (obligation) ist mit einer auflösenden Bedingung (condition) verbunden. Sie kann in einer bestimmten Handlung bestehen, die der Schuldner bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu unterlassen hat, will er die Zahlung des versprochenen Geldes vermeiden. Demgegenüber handelt es sich bei einem einfachen (single) "bond" um ein in gesiegelter Urkunde eingegangenes Versprechen, lediglich eine Geldsumme zu zahlen. Die eigentlich geschuldete Leistung beim "conditional bond" ist in der "condition" versprochen; das in der "obligation" übernommene Zahlungsverprechen hat dem Zweck des gesamten Rechtsgeschäftes nach nur Vertragsstrafcharakter. Vgl. zu "bonds" näher Rheinstein, a.a.O., S.163

3) zitiert nach Moller, a.a.O., S.3, lautet sie: "...the condition is against the common law, and 'per Dieu' if the plaintiff were here he would go to prison until he should pay a fine to the King."

Weitere wichtige Fälle der frühesten Zeit stammen aus der Regierungszeit Elizabeth's I.¹⁾ und ihres Nachfolgers James' I.²⁾ In Colgate v. Bacher³⁾ wurde eine, wiederum in der besonderen Form des "bond" eingegangene Verpflichtung, bis zu einem bestimmten zukünftigen Datum und an bestimmten Orten sich im Gewerbe eines Kurzwarenhändlers nicht zu betätigen, als unwirksam erklärt.

Dem Ipswich Tailors' Case⁴⁾ lag eine Vereinbarung der Schneider von Ipswich zu Grunde, nach der niemand das Handwerk eines Schneiders ergreifen konnte, der sich nicht der örtlichen Innung vorgestellt und von ihr eine Arbeitserlaubnis bekommen hatte. Das Gericht erklärte diese Übereinkunft für ungültig unter Hinweis darauf, daß es nach common law nicht verboten sei, in jedem rechtmäßigen Gewerbe zu arbeiten⁵⁾.

Die genannten Beispiele mögen genügen, um die Einstellung der Gerichte in diesem frühesten Stadium der Entwicklung zu kennzeichnen. Beschränkungen, durch die jemand an der Ausübung seines Berufes oder Gewerbes gehindert wurde, waren schlechthin unwirksam.⁶⁾

1) 1558 - 1603

2) 1603 - 1625

3) (1600) Cro.Eliz. 872

4) (1615) 11 Co. Rep. 53a

5) "...at the common law no man could be prohibited from working in any lawful trade,..." (53b)

6) Gleichwohl gab es zahlreiche Berufs- und Gewerbebeschränkungen im heutigen Sinne, die als rechtmäßig angesehen wurden. Die in der Ablehnung von vertraglichen "restraints of trade" liegende Anerkennung des Prinzips "freedom of trade" (Wilberforce-Campbell-Elles, The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, 1957, S.40) endete an der Herrschaft noch immer mächtiger mittelalterlicher Zünfte und Gilden, die Handel und Gewerbe bis ins einzelne geregelt hatten. Durch die Gerichte sollten nur eigenmächtige Bindungen verhindert werden; andere Beschränkungen, denen jedermann sich zu unterwerfen hatte, wenn immer es als den Staatsinteressen nützlich erschien, waren damit durchaus vereinbar. Von Gewerbefreiheit im Sinne eines die gesamte Wirtschaftsordnung schon durchziehenden Prinzips kann daher noch nicht gesprochen werden (Holdsworth, a.a.O., Bd.IV, S.350).

Ihre Entscheidungen begründeten die Gerichte entweder mit einem einfachen Hinweis darauf, daß solche Vereinbarungen gegen das common law¹⁾ oder Magna Charta²⁾ verstießen, oder man sah sie als gegen die Interessen der Allgemeinheit gerichtet³⁾ und außerdem den Müßiggang fördernd⁴⁾ an.

II. Erste Wandlungen in der Rechtsprechung

Zu Beginn des 17. Jahrhunderts leiteten zwei Fälle einen neuen Abschnitt der Entwicklung ein.

In Rogers v. Parrey⁵⁾ hatte der Beklagte gegen Zahlung einer Geldsumme versprochen, daß er 21 Jahre lang sich in einem Geschäftslokal, das ihm vom Kläger vermietet worden war, nicht als Tischler betätigen wolle. Die Vereinbarung war hier nicht in der besonderen Form eines "bond", sondern als einfaches Versprechen (promise)⁶⁾ getroffen worden. Das Gericht entschied, daß grundsätzlich zwar niemand gebunden werden könne, seinen Beruf oder sein Gewerbe überhaupt nicht mehr auszuüben und damit seinen Lebensunterhalt aufzugeben. Im vorliegenden Falle sei die dem Beklagten auferlegte Bindung aber deswegen wirksam, weil die Parteien sie nur für eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Ort vereinbart hätten.

1) Dyer's Case, a.a.O.

2) Der Hinweis auf Bestimmungen der Magna Charta wird zwar oft in Einzeldarstellungen (vgl. Moller, a.a.O., S.2; Kuttler, a.a.O., S.62) erwähnt, findet sich aber nur vereinzelt in einer zweiten Aufzeichnung von Colgate v. Bachelor, die als Claygate v. Bachelor (1600) Owen, 143, überliefert ist.

3) Colgate v. Bachelor, a.a.O.: "...against the benefit of the commonwealth".

4) Ipswich Tailors' Case, a.a.O., S.53b: "...for the law abhors idleness, the mother of all evil, otium omnium vitiorum mater".

5) (1613) 2 Bulst. 136

6) Da beim "promise" eine gesiegelte Urkunde nicht erforderlich ist, kann ein solches Versprechen als vertragliche Verpflichtung nur wirksam werden, wenn es gegen "consideration" eingegangen wurde. s.o. S. 12 f.

In dem weiteren Fall Broad v. Jollyfe¹⁾ hatte der Beklagte das Warenlager seines Geschäftes an den Kläger verkauft und sich verpflichtet, auf die Fortsetzung seiner gewerblichen Tätigkeit im Ortsbereich zu verzichten. Das Gericht sah dieses Versprechen für gültig an; dabei betonte es besonders, daß die Vereinbarung ja freiwillig getroffen und eine Gegenleistung von Wert gezahlt worden sei²⁾.

Die mit diesen Entscheidungen einsetzende Entwicklung ist der Ausgangspunkt für ein ständiges Bemühen der Gerichte, ihre ursprünglich starre und ablehnende Haltung gegenüber der Wirksamkeit von "restraints of trade" abzumildern. Doch waren die Richter des 17. Jahrhunderts zuerst nur zögernd und ausnahmsweise bereit, die frühere Abneigung zu überwinden und solche Verträge im Einzelfall unter bestimmten, engen Voraussetzungen gelten zu lassen.

So war zunächst für die Anerkennung der Wirksamkeit von den in Rogers v. Parry und Broad v. Jollyfe vereinbarten "restraints of trade" wichtig, daß die Parteien nicht die Form eines "bond", sondern ein schlichtes "promise" für ihre Abmachung gewählt hatten. "Bonds" wurden gemeinhin als "instrument of oppression"³⁾ oder als "penal obligation"⁴⁾ angesehen. Die Bemerkung des Gerichtes in Broad v. Jollyfe⁵⁾, daß der Beklagte im Dyer's Case⁶⁾ "was compelled to enter into such a bond", zeigt deutlich, daß man mit dieser Vertragsform die Vorstellung von Zwang und Ungleichheit im Verhältnis der Vertragspartner zueinander verband.

1) (1620) Cro.Jac. 596

2) "...for a valuable consideration, and voluntarily, one may agree that he will not use his trade."
(Broad v. Jollyfe, a.a.O.)

3) Sanderson, a.a.O., S.14

4) Clerk v. The Governor and Company of Taylors of Exeter (1685) 3 Lev. 241,242

5) a.a.O., S.596

6) a.o. S.23

In anderen Fällen gehen die Richter jedoch nicht so sehr auf diese formelle Unterscheidung ein, sondern verlangen als Voraussetzung für die Wirksamkeit vertraglicher "restraints of trade" eine genügende "consideration"¹⁾. Zur Ausgleichung der mit einem Verzicht auf seinen Lebensunterhalt verbundenen Nachteile sollte dem Gebundenen eine Gegenleistung von Wert (valuable consideration) zufließen. So läßt sich auch die Bereitschaft der Gerichte, "promises" günstiger als "bonds" zu beurteilen, daraus erklären, daß ein "promise" stets gegen "consideration" gegeben werden mußte²⁾, "bonds" aber schon ohne Gegenleistung gültig waren.

Schließlich wird in Rogers v. Parrey³⁾ als Voraussetzung, unter der ein vertraglicher "restraint" als wirksam aufrechterhalten werden kann, die Begrenzung seiner Geltungsdauer und seines Geltungsbereiches durch die Parteien genannt. Damit beginnt bereits bei diesem Fall die Bedeutung einer zeitlichen und örtlichen Beschränkung für die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit von "restraints of trade".

III. Mitchel v. Reynolds

Der erste, für den Bereich der "restraints of trade" grundlegende Fall ist Mitchel v. Reynolds⁴⁾ aus dem Jahre 1711. Die Entscheidung erwähnt zum ersten Male "reasonableness"⁵⁾ als einen Maßstab für die inhaltliche Wirksamkeit vertraglicher "restraints". Ein weiterer Schritt auf dem Wege der Abmilderung der

1) Vgl. Prugnell v. Gosse (1648), Aley, 67

2) s.o. S.28 Anm.6

3) a.a.O., s.o. S.28

4) (1711), P.Wms, 181

5) In der Übersetzung annähernd mit Vernünftigkeit, Angemessenheit oder Annehmbarkeit (so Kuttler, a.a.O., S.60) zu bezeichnen. Den konkreten rechtlichen Inhalt erschließt die Übersetzung allerdings nicht.

ursprünglichen Rechtsprechung war erreicht. In einigen Fällen schien es, im Zeichen wachsenden Handels und Gewerbes, vernünftig und notwendig, vertragliche Beschränkungen der Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung zuzulassen. Dabei handelte es sich vor allem um Wettbewerbsverbote.

Gab man einem Lehrherrn nicht die Möglichkeit, sich vor dem Wettbewerb seiner Lehrlinge nach Beendigung ihrer Ausbildung zu schützen, so mochte zum Schaden für das Handwerk die Neigung der Meister sinken, überhaupt noch Lehrlinge einzustellen und auszubilden.

Konnte weiterhin ein Ladenbesitzer sich nicht rechtlich wirksam binden, nach Vermietung oder Verkauf seines Geschäftes dem neuen Inhaber keinen Wettbewerb zu machen, so war es unter Umständen schwer, wenn nicht unmöglich, für ihn, überhaupt einen Käufer zu finden.

Die Überprüfung der früheren Rechtsprechung unter solchen Gesichtspunkten führt dabei in Mitchell v. Reynolds zu Ergebnissen, die schon der Ausgangspunkt für die noch heute geltenden Grundsätze in diesem Rechtsbereich sind.

Über folgende Fakten hatte das Gericht zu entscheiden: Der Beklagte hatte dem Kläger eine Bäckerei vermietet und in einem "bond" die Zahlung von 50 Pfund versprochen, wenn er innerhalb von 5 Jahren in der Nähe des vermieteten Geschäftes eine eigene Bäckerei eröffnen werde. Sein Versprechen war begrenzt auf das Kirchspiel St. Andrews, Holborn, in dem sich die vermietete Bäckerei befand. Da der Beklagte diese Verpflichtung nicht eingehalten hatte, mußte das Gericht über die Wirksamkeit des "bond" entscheiden.

In der Entscheidung wird zunächst eine allgemeine Einteilung von "restraints of trade" versucht. Chief Justice Parker¹⁾ führt aus, sie seien entweder unfreiwillig auferlegt oder freiwillig vereinbart. "Involuntary restraints" beruhten auf Verleihung durch die Krone, galten auf Grund fester Bräuche oder waren in Ortsrechten begründet²⁾. "Voluntary restraints" ergaben sich durch die Vereinbarung der Parteien. Sie enthielten entweder eine allgemeine, unbeschränkte Bindung (general restraint) oder ihre Geltung war in bestimmten Beziehungen, so etwa nach Orten oder Personen, begrenzt (particular restraint).

Vertragliche "restraints of trade" hält Parker, C.J., grundsätzlich für unwirksam: "Where nothing more appears, the law presumes them bad."³⁾ Er nennt mehrere Gründe, die für ihre Nichtanerkennung sprechen.

Zunächst verliere der Verpflichtete seinen Lebensunterhalt; damit gefährde er die Existenzgrundlage seiner Familie. Weiterhin werde die Allgemeinheit eines nützlichen Mitgliedes beraubt; auch seien Mißbrauchsgefahren und häufige Nutzlosigkeit einer solchen Vereinbarung für den daraus Begünstigten nicht von der Hand zu weisen⁴⁾. Im wesentlichen werden die Einwände gegen "voluntary restraints" unter Gesichtspunkten des Allgemeinwohls, der öffentlichen Interessen, gemacht. Dagegen wird eine Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners vor übermäßiger Bindung seiner Freiheit ausdrücklich als nicht entscheidend bezeichnet⁵⁾.

1) a.a.O., S.183

2) a.a.O., S.183

3) a.a.O., S.197

4) a.a.O., S.190 f.

5) a.a.O., S.188: "Neither it is a reason against them that they are contrary to the liberty of the subject; for a man may, by his own consent, for a valuable consideration, part with his liberty".

Die Vermutung der Unwirksamkeit kann aber ausgeschlossen werden, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalles ergibt, daß die Beschränkung für beide Parteien vernünftig (reasonable) ist und auch eine genügende "consideration" vereinbart wurde. Unter diesen Voraussetzungen können aber nur "particular" oder "partial restraints", nach Orten oder auf einzelne Personen beschränkte Bindungen, wirksam sein. Uneingeschränkte Verpflichtungen (general restraints) sind ausnahmslos unwirksam.

IV. Die Unterscheidung zwischen "general" und "partial restraint"

Die Entwicklung nach Mitchel v. Reynolds steht im Zeichen der Auseinandersetzung über die in diesem Fall formulierte Unterscheidung zwischen "general" und "partial restraints". Es geht um die Frage, ob nicht auch ein "general restraint" wirksam sein kann, seine "reasonableness" vorausgesetzt¹⁾, oder ob weiterhin mit Mitchel v. Reynolds "general restraints" für schlechthin unwirksam gehalten werden sollten.

Erste Folge der Bedeutung dieser Unterscheidung ist eine weitere Verdeutlichung dessen, was unter "general" und "partial" zu verstehen ist. In Mitchel v. Reynolds war als Beispiel für einen "general restraint" eine Vereinbarung angeführt worden, die sich auf ganz England erstreckte. "Particular restraints" sollten auf bestimmte Orte oder Personen begrenzt sein²⁾. Ob auch einer Beschränkung auf eine bestimmte Zeit die Fähigkeit zukommt, einen "partial restraint" zu schaffen, bleibt unerörtert. Erst in Gunmakers' Co. v. Fell³⁾ ist auch die Zeit, für die ein Wettbe-

1) Vgl. Wilberforce, a.a.O., S.42

2) a.a.O., S.187

3) (1742), Willes, 384

werbsverbot vereinbart wird, neben dem räumlichen Geltungsbereich ausdrücklich als Beziehung genannt, in der ein "restraint of trade" zu begrenzen ist, um als "partial" gelten zu können. Dieser Auffassung widerspricht jedoch später Baron Parke in Ward v. Byrne¹⁾. Er entschied in diesem Falle - und ihm folgten spätere Entscheidungen²⁾ -, daß ein nur zeitlich, nicht aber auch örtlich begrenzter "restraint" als "general" angesehen werden müsse und daher unwirksam sei. Allein durch räumliche Beschränkung ist daher ein "partial restraint" zu erreichen. Parke, B., begründet die unterschiedliche Bewertung der Begrenzung nach Ort oder Zeit eingehend: "When a general restriction, limited only as to time, is imposed, the public are altogether losers, for that time, of the services of the individual, and do not derive any benefit whatever in return. ... Where a limit as to space is imposed, the public, on the one hand, do not lose altogether the services of the party in the particular trade, he will carry it on in the same way elsewhere..."³⁾.

Die genaue Erfassung dessen, was man unter "partial" und "general" zu verstehen hatte, war aber nur solange wichtig, wie nach dem Vorbild in Mitchel v. Reynolds bei der rechtlichen Beurteilung von "restraints of trade" zunächst diese Einteilung zugrunde gelegt, ein "general restraint" danach als schlechthin unwirksam ausgeschieden und nur bei den verbleibenden "partial restraints" nach deren "consideration" und "reasonableness" gefragt wurde.

1) (1839), 5 M.& W., 548

2) Vgl. Bowen, L.J., in Maxim Nordenfelt Guns & Amm. Co. v. Nordenfelt, (1893) 1 Ch. 630, 652: "A mere limit in time has never been held to convert a covenant in general restraint into a covenant of particular or partial restraint of trade."

3) a.a.O., S. 562

Doch sind die Auffassungen der Richter des 18. und 19. Jahrhunderts über den Wert dieser Unterscheidung durchaus geteilt. Unmittelbar nach Mitchel v. Reynolds werden allerdings zunächst in zahlreichen Fällen in vollständiger Übereinstimmung mit dieser Entscheidung "partial restraints" für wirksam gehalten¹⁾.

So bildete sich fast eine "Daumenregel"²⁾ heraus, die besagte, daß ein vertragliches Wettbewerbsverbot dann wirksam sein sollte, wenn es räumlich begrenzt und gegen angemessene "consideration" gegeben war. Wo aber der Geltungsbereich unbegrenzt war, wurde die Vereinbarung als "general restraint" ohne weitere Prüfung für unwirksam gehalten.

Die ersten Zweifel an dieser starren Regel werden in Horner v. Graves³⁾ ausgedrückt⁴⁾. Das Gericht hielt erstmalig einen "partial restraint" für unwirksam, indem es dem Versprechen eines Zahnarztes, in einem Gebiet von 200 Meilen im Durchmesser keine Praxis zu eröffnen, die Anerkennung verweigerte. Tindal, C.J., sieht in dieser Entscheidung die räumliche Begrenzung allein nicht mehr als die wesent-

- 1) z.B. Davis v. Mason(1793), 5 T.R.118 (Assistent eines Chirurgen verspricht, 14 Jahre lang im 10-Meilen-Umkreis auf Berufsausübung zu verzichten); Bunn v. Guy (1803), 4 East 190 (Versprechen eines solicitors, in London oder bis zu 150 Meilen von London entfernt nicht zu praktizieren)
- 2) Moller, a.a.O., S.9
- 3) (1831) 7 Bing 735
- 4) Die Auseinandersetzung um die Berechtigung der Einteilung in "general" und "partial restraints" ist auf eine "Meinungsverschiedenheit zwischen den common law-Richtern und den Equity-Richtern" (so Kuttler, a.a.O., S.68) zurückgeführt worden. Zwar ist es richtig, daß insbesondere eine Reihe von Entscheidungen der Equity-Gerichte die "hard and fast-rule" der Common Law-Gerichte nach Mitchel v. Reynolds heftig erschütterten (vgl. Hedges, a.a.O., S.14). Doch scheint es richtiger, von den unterschiedlichen Auffassungen über den Wert der genannten Einteilung nicht ausschließlich die eine den Common Law- und die andere den Equity-Gerichten zuzuschreiben. Dafür spricht einerseits, daß in Horner v. Graves erstmalig ein Common Law-Gericht die Grundlage zur Überwindung der früheren Unterscheidung ausbildet, andererseits aber in Allsopp v. Wheatcroft ((1872) L.R. 15 Eq. 59) ein Equity-Gericht starr an der Einteilung zwischen "general" und "partial restraints" festhält.

lichste Beurteilungsgrundlage an. Er mag in diesem besonderen Fall durch die sehr weite Ausdehnung der Bindung veranlaßt worden sein; seine Begründung greift nichtsdestoweniger allgemein die gesamte bisherige Rechtsprechung seit *Mitchel v. Reynolds* an¹⁾. "The greater question is whether this is a reasonable restraint of trade. And we do not see how a better test can be applied to the question whether reasonable or not, than by considering whether the restraint is such only as to afford a fair protection to the interests of the party in favour of whom it is given, and not so large as to interfere with the interests of the public".

Die Frage nach der "reasonableness" eines "restraint of trade" ist nach diesen Worten nicht mehr länger davon abhängig, ob ein "general" oder ein "partial restraint" vorliegt. Diese in *Mitchel v. Reynolds* getroffenen Unterscheidungen werden angesehen als "rather instances and examples, than limits of the application of the rule which can only be at last what is a reasonable restraint with reference to the particular case..."²⁾.

Der "test of reasonableness" wird dabei nach zwei Seiten hin erstmalig näher ausgedeutet. Wie sich aus den Worten Chief Justice Tindal's erschließen läßt, versteht er darunter die Gewährleistung eines angemessenen Schutzes der Interessen des durch die Vereinbarung Begünstigten und weiterhin auch die Wahrung öffentlicher Interessen, deren Verletzung durch einen zu weiten "restraint of trade" zu vermeiden ist. In jedem einzelnen Falle muß mit Hilfe dieser Überlegungen, die dem richterlichen Ermessen einen weiten Raum lassen, geprüft werden, ob eine solche Vereinbarung "reasonable" ist.

1) a.a.O., S.743

2) a.a.O., S.743

Lord Macclesfield's Unterscheidung war mit der Betonung von "reasonableness" als vorrangigem Test in Horner v. Graves in den Hintergrund gerückt. Die Mehrzahl der Entscheidungen nehmen sie nicht wieder auf und folgen der in Horner v. Graves vertretenen Linie. So wird in Whittaker v. Howe¹⁾ ein "general restraint" für wirksam gehalten, weil er nach Auffassung des Gerichtes "reasonable" ist. Auch in Leather Cloth Co. v. Lhorsont²⁾ wird die frühere Auffassung verlassen. Das in diesem Falle vereinbarte Wettbewerbsverbot sollte sich auf ganz Europa erstrecken. Vice-Chancellor James stellte seine Begründung nur darauf ab, daß die Vereinbarung "reasonable" war und hielt sie nach den Umständen des Falles für wirksam³⁾. Er glaubte sich sogar in Übereinstimmung mit allen früheren Entscheidungen in diesem Rechtsgebiet, von denen er meinte, daß sie seit jeher nach Gesichtspunkten der "reasonableness" entschieden worden seien. Auch mit dieser Äußerung, die mit der tatsächlichen Entwicklung vor und längere Zeit nach Mitchel v. Reynolds kaum übereinstimmt, konnte er nicht verbergen, daß er mit früheren Auffassungen gebrochen hatte.

Lord Justice Fry verneint dann ausdrücklich in Rousillon v. Rousillon⁴⁾ die Existenz einer absoluten Regel, die alle "general restraints" von vornherein für unwirksam erklärt. Auch er vertrat die Meinung, daß in jedem Falle danach gefragt werden sollte, ob eine Bindung vorliegt, die weiter geht, als zum vernünftigen Schutz des Begünstigten notwendig ist und übernimmt damit die Auffassung Tindal's in Horner v. Graves.

Doch fanden sich auch noch Verfechter der alten Unterscheidung, die jeden "general restraint" weiterhin ohne weitere Prüfung für unwirksam hielten. So wird be-

1) (1841) 3 Beav. 383

2) (1869), L.R. 9 Eq. 345

3) a.a.O., S.354 f.

4) (1880) L.R.14 Ch.D.351

sonders in *Davies v. Davies*¹⁾ durch Cotton, L.J., mit Nachdruck der neueren Entwicklung entgegengetreten: "An absolute restraint is bad, but a limited restraint may be good, provided the restraint is reasonable only,..."²⁾ Ebenso findet sich in *Allsopp v. Wheatcroft*³⁾ eine Verteidigung der früheren, auf *Mitchel v. Reynolds* zurückgehenden Auffassung: "It has generally been considered in the later as well as in the earlier cases that a covenant not to carry on a lawful trade, unlimited as to space, is on the face of it void."⁴⁾

Erst der *Nordenfelt-Fall*⁵⁾ machte den unterschiedlichen Auffassungen ein Ende, indem nur der "test of reasonableness" zur alleinigen Beurteilungsgrundlage erhoben wurde. Die alte Einteilung in "general" und "partial restraints" hatte endgültig ihre Bedeutung verloren. Nur mit diesem Hinweis gehört diese Entscheidung aber in den Abschnitt über die historische Entwicklung der "restraint of trade"-Grundsätze. Ihre Geschichte gilt als mit dem *Nordenfelt-Case* beendet⁶⁾, der die Grundlage für das geltende Recht in diesem Bereich bildet und der infolgedessen Ausgangspunkt für die Darstellung der geltenden Regeln und ihrer Anwendung auf die mit einer Geschäftsveräußerung verbundenen Wettbewerbsverbote sein wird.

V. Die Entwicklung in den U.S.A.

In ihrem in den Vereinigten Staaten schon frühzeitig auf den Bereich der "ancillary restraints" eingeeengten Anwendungsbereich⁷⁾ hat sich die "restraint of trade"-Lehre in ähnlichen Bahnen wie die des englischen common law bewegt und ist deren Veränderungen

1) (1887) 36 Ch.D. 359

2) a.a.O., S.382

3) (1872) L.R.15 Eq. 59

4) a.a.O., S.64

5) (1894) A.C. 535

6) *Gare*, a.a.O., S.9

7) s.o. S. 9 f.

gefolgt¹⁾. Im wesentlichen kann daher auf die Entwicklung in England verwiesen werden. Lediglich auf folgendes mag hier hingewiesen sein: Zunächst wurde ebenfalls die Unterscheidung zwischen "general" und "partial restraints" zur alleinigen Grundlage der rechtlichen Beurteilung eines "ancillary restraint" oder "non-competition covenant"²⁾ gemacht. Dabei sah man ein Wettbewerbsverbot, das sich über einen Bundesstaat erstreckte, als Seitenstück zu einem für ganz England geltenden "general restraint" an³⁾. Doch hält sich später die amerikanische Rechtsprechung noch an die herkömmliche Einteilung als Wirksamkeitstest, als die englischen Gerichte schon "reasonableness" zum Ausgangspunkt ihrer Beurteilung gemacht hatten⁴⁾. Um die letzte Jahrhundertwende hat sich dann aber in den Bundesstaaten allgemein die Auffassung durchgesetzt, die Unterscheidung zwischen "general" und "partial restraints" durch den "test of reasonableness" zu ersetzen.⁵⁾

Einzige Ausnahme bildete Illinois. Dort ging der Illinois Supreme Court nicht davon ab, daß ein "ancillary restraint", der sich auf den gesamten Bundesstaat erstreckt, ipso jure unwirksam sei und stellte in *Parish v. Schwartz*⁶⁾ noch im Jahre 1931 fest: "A contract in restraint of trade is thus total and general when by it a party binds himself not to carry on his business or trade at all, or not to pursue it within the limits of the particular country or state."

1) Übereinstimmende Auffassung, vgl. Oppenheim, a.a.O., S.3; 46 ALR 2d, Anno., S.156; Levin, Non-Competition Covenants in New England, 39 Bo.U.L.Rev. 482 f.(1959) und Sax, a.a.O., S.50

2) Levin, a.a.O., S.482

3) vgl. 46 ALR 2d, Anno., S.156

4) vgl. Sax, a.a.O., S.51 mit Beispielen

5) 46 ALR 2d, Anno., S.156

6) 344 Ill.563; 176 N.E.757; 78 ALR 1032 (1931)

Diese, als "minority view"¹⁾ bezeichnete Auffassung ändert jedoch grundsätzlich nichts daran, daß die Entwicklung der Beurteilung von "ancillary restraints" derjenigen der englischen "restraint of trade"-Regeln gefolgt ist.

Gelegentlich ist von einer unterschiedlichen Tendenz amerikanischer und englischer Gerichte bei der Betonung jener Beurteilungsgrundlagen gesprochen worden, die in dem oben²⁾ gekennzeichneten Sinne Erwägungen der "public policy" bedeuten. So sollen in den U.S.A. in erster Linie öffentliche Interessen, in England aber Individualinteressen der beteiligten Parteien jeweils die Entwicklung der Regeln über Wirksamkeit oder Unzulässigkeit von "restraints of trade" mitbestimmt haben³⁾. Der Richtigkeit dieser oft nicht weiter begründeten Meinung in dieser Allgemeinheit weiter nachzugehen, erscheint nicht sehr lohnend. Doch mag sich bei der späteren Darstellung des geltenden Rechtes die Gelegenheit bieten, etwaige unterschiedliche Einzelergebnisse englischer und amerikanischer Entscheidungen auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

1) Ticho, Ancillary restraints, a well traveled but uncharted sea of confusion, 50 Ill.B.Journal 922, 923 (1962)

2) s.o. S. 22 ff.

3) vgl. Williston-Thompson, Law of Contracts, 1937, § 1635: "The English law has thrown the emphasis upon the impropriety of requiring a promise greater in extent than is required for the needs of the promisee, ...
The American law, on the other hand, has been chiefly concerned with the injury to the public..."

§ 5 : Der geltende Test (Nordenfelt's Case)

I. Lord Macnaghten's Urteil

In Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co.¹⁾ wird der gesamte "restraint of trade"-Bereich vom House of Lords einer eingehenden Prüfung unterzogen, deren Ergebnis die Entscheidung für den "test of reasonableness" bei der Frage nach der inhaltlichen Wirksamkeit von "contracts in restraint of trade" ist. Diesem Fall ist die Rechtsprechung seither übereinstimmend gefolgt. Wegen seiner Bedeutung als Grundlage für das geltende Recht in diesem Bereich soll daher näher auf ihn eingegangen werden.

Folgende Fakten liegen der Entscheidung zu Grunde: Nordenfelt, ein Erfinder und Hersteller von Waffen und Munition, hatte einer Gesellschaft, an die sein Unternehmen veräußert worden war, versprochen, 25 Jahre lang sich nicht als Hersteller von Waffen und Munition - außer im Auftrage des Käufers - direkt oder indirekt zu betätigen. Über die Gültigkeit dieser sich auf die ganze Welt erstreckenden Vereinbarung, die Nordenfelt gebrochen hatte, mußte das House of Lords entscheiden.

Lord Herschell²⁾ und Lord Watson³⁾ sprachen sich für die Wirksamkeit dieses "general restraint" im umfassendsten Sinne aus; sie zweifelten an der Richtigkeit der "general"- "partial"-Unterscheidung unter veränderten wirtschaftlichen Bedingungen, namentlich der Ausdehnung von Handel und Industrie über die Landesgrenzen hinaus.

Lord Macnaghten, in einem Urteil, das als klassisch bezeichnet worden ist⁴⁾, zögerte nicht, die alte Einteilung für völlig wertlos zu erklären. Dabei setzt

1) (1894) A.C. 535

2) a.a.O., S.538 ff.

3) a.a.O., S.550 ff.

4) Hedges, a.a.O., S.25

er sich vor allem mit der Auffassung Lord Bowens auseinander, der in der Vorinstanz - im Court of Appeal¹⁾ - sich nachdrücklich noch für die Unwirksamkeit von "general restraints" ipso jure eingesetzt hatte und nur deswegen auch zur Anerkennung der Nordenfelt-Vereinbarung gekommen war, weil er unter den besonderen Verhältnissen dieses Falles eine enge Ausnahme zu dem nach seiner Meinung immer noch gültigen Mitchel v. Reynolds-Test vertreten zu können glaubte. Besonders einige Entscheidungen der Equity-Gerichte waren von Lord Bowen kritisiert worden, die sich nach seiner Ansicht über die klaren common law-Regeln hinweggesetzt hatten²⁾.

Diese Kritik weist Lord Macnaghten zurück. Die Equity-Entscheidungen seien durchaus dem common law gefolgt, das seine starre Ablehnung in frühester Zeit mit wachsendem Handel und Gewerbe ständig abgeschwächt habe. In Mitchel v. Reynolds³⁾ sei dieser Milderungsprozeß nur deswegen auf "partial restraints" begrenzt worden, weil niemand sich habe vorzustellen vermögen, daß ein "general restraint" irgendwelchen Nutzen haben und vernünftig sein könnte. Mit Tindal, C.J.,⁴⁾ interpretiert Lord Macnaghten daher einen "general restraint" als typisches Beispiel eines "unreasonable restraint" zu der Zeit von Mitchel v. Reynolds⁵⁾. Er

1) Maxim Nordenfelt Guns & Amm.Co.,Ltd., v. Nordenfelt (1893) 1 Ch. 630

2) "The first cloud upon the clear sky of the common law narrative comes in the equity decision of Lord Langdale in Whittaker v. Howe" ((1893) 1 Ch.658).

3) s.o. S. 30 ff.

4) in Horner v. Graves (1831) 7 Bing. 735

5) Der Versuch, einen "general restraint" als ein typisches Beispiel eines "unreasonable restraint" in der Zeit von Mitchel v. Reynolds zu interpretieren und diesem Fall schon die Alleingeltung des "test of reasonableness" zu unterstellen (vgl. Horner v. Graves (1831) 7 Bing 735 und Lord Macnaghten, a.a.O., S.559 ff.), ist ein Zeichen für das Bestreben der Common-Law-Richter, ihre Entscheidungen immer in Übereinstimmung mit dem nach ihrer Auffassung geltenden Recht zu fällen und bewußt das Zugeständnis zu vermeiden, daß ihre Entscheidung tatsächlich das Recht geändert hat.

leitet daraus den "test of reasonableness" als alleinigen Maßstab in einer veränderten Zeit ab, in der es - wie der vorliegende Fall mit weltweitem Kundenkreis zeige - durchaus vernünftig und geboten erscheinen könne, ein unbeschränktes Wettbewerbsverbot aufrechtzuerhalten. Lord Macnaghten kennzeichnet daher die Rechtslage so:

"...restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable-reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public."¹⁾

"Reasonableness" ist demnach das entscheidende Kriterium und damit wesentlicher Inhalt der "restraint of trade"-Doktrin. Vernünftig, angemessen hat eine Vereinbarung in dreifacher Hinsicht zu sein: Für den Verpflichteten und den Berechtigten als Vertragsparteien und für die Allgemeinheit (public interest).

Lord Macnaghten sah in dem von ihm mit entschiedenen Falle das Wettbewerbsverbot als für die Parteien "reasonable" an, weil dadurch einerseits Mr. Nordenfeldt den vollen Wert des veräußerten Unternehmens als Kaufpreis verlangen konnte und erhielt und andererseits die Käufer nur durch eine solche Vereinbarung sich den Besitz dieses erworbenen Wertes erhalten konnten, ohne durch eine weitere geschäftliche Tätigkeit ihres Veräußerers Angriffen darauf ausgesetzt zu sein. Auch das Interesse der Allge-

1) a.a.O., S.565

meinheit war nicht verletzt. Durch den Übergang eines Unternehmens von einer Hand in die andere, so führte Lord Macnaghten aus, würden öffentliche Interessen kaum berührt und der hohe Kaufpreis bewahre Nordenfelt auch davor, zu einer Last für die öffentliche Hand zu werden¹⁾. So wurde das Wettbewerbsverbot als "reasonable in every point of view"²⁾ bezeichnet und für wirksam gehalten.

II. Nordenfelt-Test und Wettbewerbsverbot

Im Jahre 1913 wurde vom House of Lords in *Mason v. Provident Clothing*³⁾ Lord Macnaghten's Test ausdrücklich als geltendes Recht anerkannt. Damit war der Nordenfelt-Fall zum "leading case"⁴⁾ geworden, er enthält die maßgeblichen Grundsätze zur Beurteilung von "contracts in restraint of trade". Für eine Darstellung der rechtlichen Behandlung der in diesen Bereich fallenden Wettbewerbsverbote, die im Zusammenhang mit Geschäftsveräußerungen abgeschlossen werden, war dieser Fall, der den Rechtsgrundsatz über die inhaltliche Zulässigkeit enthält, der geeignete Ausgangspunkt. Die weitere Darstellung wird sich allerdings nicht weiter mit dem Prinzip allein - seine Geltung ist seit dem Nordenfelt-Fall nie mehr bestritten worden -, sondern vielmehr mit dessen Anwendung auf die genannte Fallgruppe von "restraints of trade" beschäftigen. Praktikabilität und Problematik dieses sehr weit gefaßten Grundsatzes wird sich so erschließen.

1) a.a.O., S.574

2) a.a.O., S.574

3) (1913) A.C. 724

4) Verstanden als "a judicial decision or precedent settling the principles of a branch of law" (Osborn, a.a.O., S.187).

Doch ergibt sich aus der Anwendung des Nordenfelt-Tests allein noch kein vollständiges Bild über die Rechtsfragen im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten. Neben dieser, die inhaltliche Zulässigkeit bestimmenden "rule" wird im einzelnen auch auf weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen sowie Rechtsfolgen unwirksamer "restraints" und andere Fragen einzugehen sein, die im Zusammenhang mit solchen Vereinbarungen gestellt worden sind und auf die zwar nicht der Nordenfelt-Fall, aber eine reiche Rechtsprechung Antwort zu geben versucht hat.

2. Kapitel: Die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots bei der Unternehmensveräußerung

§ 6 : Die Anwendung des Nordenfelt-Tests als Maß- stab der inhaltlichen Wirksamkeit

I. Der Ausgangspunkt

Die Entscheidung über die inhaltliche Wirksamkeit eines "contract in restraint of trade" geht im Nordenfelt-Fall¹⁾ grundsätzlich vom Vorrang der Gewerbe- und Handelsfreiheit vor der Vertragsfreiheit aus. Demgemäß stellt Lord Macnaghten die allgemeine Regel auf: "The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void."²⁾

Danach wird zunächst auch bei einem Wettbewerbsverbot vermutet, daß es "prima facie" unwirksam ist³⁾. Diese Vermutung wird aber dann entkräftet, wenn für das Wettbewerbsverbot im Einzelfall eine besondere Rechtfertigung vorliegt, die - Lord Macnaghten's Urteil zufolge⁴⁾ - einzig darin bestehen kann, daß es "reasonable" ist. "Reasonableness" allein vermag die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung zu begründen und schafft damit eine Ausnahme zur generellen Unwirksamkeitsvermutung.

1) (1894) A.C. 535

2) a.a.O., S.565

3) Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.328; bis zur endgültigen Bestätigung des Nordenfelt-Falles durch das House of Lords in Mason v. Provident Clothing & Supply, Co., Ltd., (1913) A.C. 724, war allerdings auch gelegentlich ein begrenzter "restraint of trade" als prima facie gültig angesehen worden. Vgl. z.B. Mills v. Dunham, (1891) 1 Ch. 576, 586; Haynes v. Doman, (1899), 2 Ch. 13, 30

4) a.a.O., S.565

II. Das "reasonableness"-Konzept

1. Bedeutung von "reasonableness"

Die bereits getroffene Feststellung, daß die inhaltliche Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten im anglo-amerikanischen Recht vom "test of reasonableness" bestimmt wird, reicht zur Beantwortung der Frage, ob ein konkretes Wettbewerbsverbot im Einzelfall nach Gegenstand und Umfang rechtsgültig ist oder nicht, keineswegs aus. "Reasonableness" ist ein sehr weit gefaßtes Konzept. Die angenäherte deutsche Übersetzung in Vernünftigkeit oder Angemessenheit¹⁾ läßt "reasonableness" kaum als einen im Einzelfall praktikablen Rechtsbegriff erscheinen. Eine Definition ist in der englischen Rechtsprechung und Literatur auch niemals gegeben oder versucht worden.²⁾

"Reasonableness" ist darüber hinaus auch kein einheitliches und unveränderliches Konzept. Seine Bedeutung kann in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedlich sein. Es hat keinen aus sich heraus verstehbaren Gehalt; immer muß es im Zusammenhang mit weiteren rechtlichen Überlegungen gesehen werden, die insgesamt bei der Ausbildung und Anwendung von Rechtsregeln in einem bestimmten Rechtsgebiet maßgeblich sind. Betont man diesen Zusammenhang, so ist es nicht falsch, "reasonableness" lediglich als geeigneten Sammelbegriff für solche Überlegungen zu bezeichnen³⁾.

1) s.o. S.30 , Anm.5

2) vgl. Gare, a.a.O., S.29

3) United States v. Trenton Potteries Co., 273 US 392, 47 S.Ct 377 (1927) (zit. nach 45 ALR 2d 129 (Anno.), Anm.15)

2. Rechtsgehalt der "reasonableness" nach dem Nordenfelt-Fall

Den Rechtsgehalt von "reasonableness" im Bereich der "contracts in restraint of trade" präzisiert Lord Macnaghten im Nordenfelt-Fall¹⁾ durch Erwägungen des Interessenschutzes.

Das Wettbewerbsverbot hat zunächst im Hinblick auf die Parteiinteressen vernünftig und angemessen zu sein. Darunter versteht Lord Macnaghten, daß die Vereinbarung nicht weitergehen darf als zum Schutz der Interessen des Begünstigten notwendig ist. Doch sind auch die Interessen des verpflichteten Vertragspartners zu schützen; in Morris v. Saxelby wird noch einmal ausdrücklich der Interessenschutz für beide Parteien betont²⁾.

Weiterhin darf das Wettbewerbsverbot nach der Forderung Lord Macnaghtens in keiner Weise nachteilig für das öffentliche Interesse sein.

3. Das schutzbedürftige Interesse

Die Frage nach der "reasonableness" eines Wettbewerbsverbotes haben die Gerichte im Einzelfall den Überlegungen des Interessenschutzes entsprechend aufgeschlüsselt. So prüften sie, welche Interessen die Parteien berechtigterweise einem Schutz unterstellen durften. Die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes beurteilten sie dann weiter danach, ob mit der konkreten Vereinbarung ein angemessener Schutz dieser Interessen nicht überschritten wurde³⁾.

1) (1894) A.C. 535,565

2) (1916) 1 A.C. 688,707 (Lord Parker of Waddington: "...the test appears to me to be valid both as regards the covenantor and covenantee,...")

3) Mc Ellistrim v. Ballymacelligott Co-op. Agric. & Dairy Soc., (1919) A.C. 548,563

Die Rechtsprechung zu den Wettbewerbsverboten hat das alleinige Interesse der Parteien am Ausschluß von Konkurrenz nicht als schutzbedürftig angesehen¹⁾. So wäre zum Beispiel ein reines und nicht von anderen Vereinbarungen begleitetes Versprechen eines Ladenbesitzers gegenüber einem Konkurrenten, kein weiteres Geschäft in der Branche zu eröffnen, nach common law unwirksam²⁾.

Das common law zu "restraint of trade" hat aber solche Interesse beachtet, die sich daraus herleiten lassen, daß das Wettbewerbsverbot im Zusammenhang mit weiteren Rechtsbeziehungen stehen kann, die von den Parteien nicht lediglich im Hinblick auf ihr Verhältnis als Konkurrenten angeknüpft worden sind.

Für den Einfluß der gesamten Rechtsbeziehungen der Parteien auf die Art des schützenswerten Interesses spricht besonders die folgende, von den Gerichten auf der Grundlage des "test of reasonableness" vorgenommene unterschiedliche Beurteilung von dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten und den Konkurrenzklauseln des Geschäftsveräußerers³⁾. Im Anschluß an den Nordenfelt-Fall hat die Rechtsprechung häufig betont, daß der Dienstherr nur ein eng begrenztes Interesse mit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes für die Zeit nach dem Ausscheiden des Verpflichteten aus dem Dienstverhältnis schützen könne⁴⁾.

1) vgl. Treitel, a.a.O., S.283

2) Vancouver Malt & Sake Brewing Co. v. Vancouver Breweries, Ltd., (1934) A.C. 181

3) Attwood v. Lamont (1920) 3 K.B. 571,582: "...In consequence it must now, I think, be recognized in all Courts, that there is every difference in the matter of its validity between such a covenant as we find here embodied in a contract of service and the same covenant when found in an agreement for the sale of goodwill!"(Jounger, L.J.)

4) Mason v. Provident Clothing & Supply Co., Ltd., (1913) A.C. 724,738; Morris v. Saxelby (1916) 1 A.C. 688,709 f.

Dieses Interesse hat besonders Lord Parker in *Morris v. Saxelby*¹⁾ abgesteckt. Nach seiner Auffassung darf der Dienstherr oder Arbeitgeber dem ehemaligen Arbeitnehmer nicht mit einem Wettbewerbsverbot verbieten, seine - auch während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses erworbenen - Kenntnisse und Fähigkeiten weiter - auch in Konkurrenz mit dem früheren Arbeitgeber - zu gebrauchen. Der Dienstherr könne sich lediglich davor schützen, daß er ausscheidende Dienstverpflichtete, Geschäftsgeheimnisse oder Kundenverbindungen zum Nachteil des Geschäftes oder Unternehmens nicht weiter verwertet.

Den Entscheidungen lassen sich im wesentlichen zwei Gründe übereinstimmend für die Eingrenzung des schutzwürdigen Interesses entnehmen: Einmal stehen persönliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Dienstverpflichteten dem Berechtigten nur für die Zeit des Dienstverhältnisses zur Verfügung. Nach dessen Ablauf hat er keinen Anspruch mehr darauf und kann sich auch nicht dagegen sichern, daß der frühere Verpflichtete sie im Wettbewerb mit ihm weiterverwendet. Zum anderen ergibt sich eine geringere Schutzbedürftigkeit des Dienstherrn daraus, daß regelmäßig die wirtschaftlich stärkere Position einnimmt, die eine Ungleichheit der Vertragsparteien zur Folge hat²⁾.

Der Erwerber eines Unternehmens ist demgegenüber in weiterem Umfang berechtigt, sich durch die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes vor der Konkurrenz des Veräußerers zu schützen³⁾. Das Interesse des Käufers wird in diesen Fällen dadurch be-

1) a.a.O., S.709 f.

2) Im einzelnen vgl. *Cheshire & Fifoot*, a.a.O., S.327; *Anson-Guest*, a.a.O., S.327 f. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen. Teilweise kritisch gegenüber dieser herrschenden Begründung aber *Treitel*, a.a.O., S.285

3) *Mason v. Provident Clothing & Supply Co., Ltd.*, a.a.O., S.738

stimmt, daß er das Unternehmen gegen Zahlung eines entsprechenden Kaufpreises nach dem Erwerb weiterführen will. Soweit eine Wettbewerbstätigkeit des Verkäufers - hier auch besonders der Einsatz seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten - die übertragenen Werte gefährden können, muß es dem Erwerber gestattet sein, sich durch einen Wettbewerbsverzicht des Veräußerers dagegen zu schützen¹⁾.

Der "test of reasonableness" stellt damit einen Zusammenhang zwischen der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes und der Unternehmensveräußerung her, die die Rechtsbeziehungen der Parteien begründet und zur Vereinbarung des Verbotes geführt hat. Um den Einfluß dieser Beziehung näher kennzeichnen zu können, ist es zunächst erforderlich, auf die rechtliche Behandlung einer Unternehmensveräußerung nach anglo-amerikanischem Recht in dem durch den angegebenen Zweck beschränkten Umfange einzugehen.

III. Die Unternehmensveräußerung²⁾

Wer ein "business" erwerben will, um es fortzuführen, wird sich nicht damit zufriedengeben, lediglich das Geschäftsgrundstück, die Betriebseinrichtung, die vorhandenen Maschinen oder Waren zu erhalten. Vielmehr wird er regelmäßig daran inter-

1) Attwood v. Lamont, a.a.O., S.590; letztlich beruht die Unterscheidung auf "public policy" -Gesichtspunkten; die common law-Rechtsprechung kann im Rahmen dieses Prinzips der besonderen Schutzbedürftigkeit der unselbständig Tätigen in gleicher Weise Rechnung tragen, wie es im deutschen Recht durch die gesetzlichen Regelungen solcher Wettbewerbsverbote geschehen ist. So erwähnen die Entscheidungen denn auch, daß bei dienstvertraglichen Wettbewerbsverboten "freedom of trade", bei Konkurrenzklauseln in Verbindung mit einer Geschäftsveräußerung aber "freedom of contract" (Mason v. Provident Clothing, a.a.O., S.738) im Vordergrund stehe.

2) Im folgenden wird nur vom Kauf (sale of a business) als der praktisch häufigsten Veräußerungsform ausgegangen.

essiert sein, das Handelsgeschäft oder den Betrieb mit seinem Geschäftswert zu übernehmen. Neben der Gesamtheit der als zu dem "business" gehörig veräußerten körperlichen Gegenstände wird er auch gewisse unkörperliche Vorteile erwerben wollen, die durch die Beziehungen des Geschäftes zum Publikum geschaffen worden sind. Zum Beispiel wird er unter Umständen bereit sein, für die besonders günstige Lage eines Geschäftslokales oder den guten Ruf eines Unternehmens einen Kaufpreis zu zahlen, der wesentlich über dem Wert der veräußerten Einzelgegenstände liegt. Der Käufer bezahlt für den "goodwill" des erworbenen Geschäftes.

1. Begriff und Natur von "goodwill"

Die dem anglo-amerikanischen Recht eigene Doktrin des "goodwill" dient im Zusammenhang mit Unternehmensverkäufen dazu, die genannten unkörperlichen Werte in den Kaufgegenstand einzubeziehen und ihn als einheitliches Wirtschafts- und Wertobjekt zu erfassen. So spricht man auch beim Unternehmensverkauf vom "sale of the goodwill of a business".

a) Begriffsbestimmung

Über den Begriff des "goodwill" gibt es unterschiedliche Aussagen¹⁾. Die Richter haben häufig in ihren Entscheidungen den nach ihrer Auffassung gültigen Gehalt des "goodwill"-Konzeptes zu beschreiben versucht.

Lord Eldon faßte "goodwill" auf als "probability that the old customers will resort to the old place"²⁾. Obwohl spätere Entscheidungen³⁾ dieser Ansicht zunächst gefolgt sind, wird sie doch heute allgemein

1) Vgl. dazu Foreman, *Conflicting Theories of Goodwill*, 22 Col.L.Rev. 638(1922)

2) in *Crutwell v. Lye* (1810), 17 Ves. 335, 346

3) Hinweise bei Hedges, a.a.O., S.19 (Anm.2)

als zu eng bezeichnet¹⁾. Schon Lord Macnaghten hatte in Trego v. Hunt²⁾ diese, nur auf die Bedeutung der Lage des Geschäftslokals abstellende Auffassung kritisiert und "goodwill" in weitergehender Weise als den Vorteil beschrieben, der aus Ruf und Verbindungen eines Unternehmens entspringt, der durch jahrelange ehrliche Arbeit aufgebaut und durch reichlichen Aufwand an Geld erzielt worden sein kann.

Den Versuch, einen möglich umfassenden "goodwill"-Begriff zu prägen, unternimmt insbesondere eine Definition von Judge Story. Sie wird heute von vielen, insbesondere amerikanischen Gerichten übernommen und auch häufig für die herrschende gehalten³⁾. Mr. Justice Story bezeichnet "goodwill" als "the advantage or benefit which is acquired by an establishment beyond the mere value of the capital, stock, funds, or property employed therein, in consequence of the general public patronage and encouragement which it receives from constant or habitual customers, on account of its local position or common celebrity, or reputation for skill or affluence, or punctuality, or from other accidental circumstances or necessities, or even from ancient partialities or prejudices."⁴⁾

b) Die Elemente der Begriffsbestimmung nach Story

"Goodwill" ist nach der Definition von Story zunächst ein Vorteil, der von einem Unternehmen über den eigentlichen Wert von Kapital, Betriebsvorräten usw. hinaus durch den Geschäftsbetrieb erworben werden kann. Seiner Natur nach ist er "intangible"⁵⁾,

1) Hedges, a.a.O., S.19; Gare, a.a.O., S.86;
27 Am.Jur. 803

2) (1896) A.C. 7

3) Vgl. Wright, Tort Responsibility for Destruction of Goodwill, 14 Cornell L.Q. 300 (1929)

4) Story, Partnership, § 99 (zit. nach Wright, a.a.O., S.300)

5) 24 Am.Jur. 804

aber bedeutet auch trotz Unkörperlichkeit "a species of property"¹⁾. So ist "goodwill" ein vermögenswerter Aktivposten, auf dessen Erwerb es dem Käufer eines Geschäftes häufig gerade ankommt, ja vielleicht allein ankommt, denn "goodwill" kann im Einzelfall durchaus den größten Wert bei einem Geschäftsverkauf ausmachen²⁾.

Weiterhin kann "goodwill" erworben werden von jedem "establishment". Dieser sehr weite, in der Rechtssprache sonst ungebräuchliche Ausdruck für Unternehmen deutet schon darauf hin, daß die Existenz von "goodwill" nicht an eine bestimmte Form gewerblicher Betätigung gebunden ist. Insbesondere ist das Vorhandensein von "goodwill" nicht auf "business" und "trade" in der Bedeutung von Gewerbe- und Handelsunternehmen beschränkt, sondern darüber hinaus auch ein Attribut von freiberuflichen Praxen (professional practices)³⁾.

Die durch die Geschäftsführung erworbenen Vorteile sind schließlich nach der Definition auf unterschiedliche Faktoren zurückführbar. In der Hauptsache wird unterschieden zwischen "local goodwill" und "personal goodwill"⁴⁾. Im ersteren Falle besteht der unkörperliche Wert des Geschäftes wesentlich in einer günstigen Lage. Hier ist "goodwill" sehr stark mit einem bestimmten Geschäftsgrundstück verbunden. So hat zum Beispiel ein bekanntes Gasthaus, das etwa wegen seines berühmten Alters oder seiner schönen Aussicht häufig aufgesucht wird, nach einigen Entschei-

1) Verstanden im Sinne der Anerkennung als einheitliches Rechtsobjekt, an dem es Eigentum geben kann. Vgl. dazu Dittmar, Begriff und Wesen des Unternehmens und seines "goodwill" im geltenden europäischen Recht außerhalb Deutschlands, Diss. Göttingen 1935, S. 24

2) Light, The Legal Aspects of Business, 1965, S. 36

3) 24 Am. Jur. 808 mit weiteren Nachweisen

4) Cooper v. Metropolitan Board of Works (1883), 25 Ch. D. 472; 24 Am. Jur. 805

dungen im wesentlichen "local goodwill"¹⁾.

"Personal goodwill" besteht demgegenüber in dem guten Namen, dem Ruf, aufgrund dessen das Publikum einem Geschäft Interesse entgegenbringt. Hier können die besonderen Fähigkeiten oder Leistungen des Inhabers beim Aufbau des "goodwill" im Vordergrund gestanden haben. Für einen solchen "personal goodwill" wird oft als Beispiel die Praxis eines freiberuflich Tätigen - eines Arztes oder Anwaltes - angeführt, bei der es regelmäßig auf die Person, nicht auf die Lage des Praxisgrundstückes ankommen soll.

c) "Local" und "personal goodwill" und Geschäftstyp

Im Einzelfall wird der "goodwill" eines Unternehmens selten durch den einen oder anderen Faktor allein bestimmt. Ein Geschäft mag einen "goodwill" haben, der teils in der guten Lage, teils aber in der persönlichen Reputation des Inhabers begründet ist. Anhaltspunkte dafür, wie er im Einzelfall beschaffen ist, können aber verschiedene Geschäftstypen sein²⁾.

So wird - wie schon erwähnt - der "goodwill" einer freiberuflichen Praxis viel eher von Gesichtspunkten des Rufes, der persönlichen Leistung als von solchen der Geschäftslage her zu bestimmen sein. Andererseits mag bei Ladengeschäften eine größere Abhängigkeit des "goodwill" von der Ortsgebundenheit des Geschäftslokals festgestellt werden können. Dienstleistungsbetriebe würden andererseits in die Nachbarschaft der "professional practices" geraten: Bei ihnen steht ebenfalls oft der Ruf aufgrund von Leistung und nicht eine bestimmte Geschäftslage im Vordergrund.

1) Re Kitchin, Ex p. Punnett (1880), 16 Ch. D. 226;
Cooper v. Metropolitan Board of Works (1883), 25
Ch. D. 472

2) Levin, 39 Bo.U.L.Rev., 491

Die Einteilung in verschiedene Geschäftstypen ist unvollständig und hier auch noch nicht im einzelnen beabsichtigt. An Beispielen sollte lediglich darauf aufmerksam gemacht werden, daß bei bestimmten Arten von Handelsgeschäften, Betrieben oder Praxen auch verschiedenartige "goodwill"-Elemente vorhanden sein können.

2. "Goodwill" und Wettbewerbsverbot

Die Beziehung zwischen der Veräußerung von "goodwill" und der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes stellt Lord Parker in *Morris v. Saxelby*¹⁾ sehr treffend mit den folgenden Worten her: "The goodwill of a business is immune from the danger of the owner exercising his personal knowledge and skill to its detriment, and if the purchaser is to take over such goodwill with all its advantages, it must, in his hands, remain similarly immune. Without therefore, a covenant on the part of the vendor against competition, a purchaser would not get what he is contracting to buy, nor could the vendor give what he is intending to sell".²⁾

Nach Lord Parkers Auffassung kommt es bei der Veräußerung von "goodwill" also darauf an, daß dieser auch wirklich als Kaufgegenstand übertragen wird, weil dafür der Erwerber den Kaufpreis bezahlt. Dieser Kaufgegenstand "goodwill of a business" kann aber insbesondere durch eine weitere geschäftliche Tätigkeit des Verkäufers im Wettbewerb mit dem Erwerber beeinträchtigt werden. Das Publikum würde dem früheren Inhaber auch weiter jene Wertschätzung entgegenbringen, die den Aufbau seines "goodwill" gefördert hatte. Da er ihn jetzt gegen entsprechendes Entgelt aber veräußert, kann nur ein Wettbewerbsver-

1) (1916) 1 A.C. 688

2) a.a.O., S.788

bot, das dem Verkäufer die weitere Konkurrenzfähigkeit untersagt, die Übertragung des "goodwill" sichern. So dient das Wettbewerbsverbot bei der Veräußerung eines Unternehmens dem Schutze des "goodwill"¹⁾.

Die Bedeutung eines Wettbewerbsverbotes als Schutz für den veräußerten "goodwill" wird auch insbesondere daran deutlich, daß in englischen Entscheidungen das Bestehen einer solchen Vereinbarung als den Schätzwert des "goodwill" erhöhendes Element angesehen worden ist²⁾.

-
- 1) Levin, a.a.O., S.490: "The primary purpose of such covenants is to protect goodwill". Auf einen anderen weitergehenden Zusammenhang zwischen "goodwill" und "restraint of trade" macht Wright, 14 Cornell L.Q. 298 (1929), aufmerksam. Er vertritt die Auffassung, daß die Herausbildung eines "goodwill"-Konzeptes erst dann möglich gewesen sei, als auch "contracts in restraint of trade" nicht mehr länger für unwirksam gehalten wurden. So sieht er Broad v. Jollyfe (Cro. Jac. 596 (1620)) als erste Entscheidung an, in der infolge der Anerkennung eines "restrictive covenant" auch ein schutzwürdiger "goodwill" in Verbindung mit einer Geschäftsveräußerung erstmalig Bedeutung erlangte. Der Frage im einzelnen nachzugehen, würde eine selbständige historische Darstellung erfordern. Hier mag der Hinweis genügen, daß auch nach Wrights Ansicht "goodwill" und "restraint of trade" nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen.
 - 2) Kennedy v. Lee (1817) 3 Mer. 441,452. Die Schutzfunktion des Wettbewerbsverbotes zeigt sich auch bei einer Weiterübertragung des erworbenen "goodwill". In einem solchen Falle geht nach ständiger Rechtsprechung auch die Berechtigung aus dem vereinbarten Wettbewerbsverbot vom ursprünglich Berechtigten auf den Zweiterwerber des Geschäftes über. (Townsend v. Jarman (1900) 2 Ch. 698, 703). Soll hingegen das Verbot nur auf die ursprünglichen Vertragspartner beschränkt bleiben, so müssen sie dies ausdrücklich vereinbaren (Davies v. Davies (1887) 36 Ch. D. 359,388), denn es gilt der Grundsatz: "The benefit of covenants in restraint of trade runs with the business" (Gare, a.a.O., S.45).

Diese Rechtsvorgänge bei einer Unternehmensveräußerung lassen sich, soweit sie für die Prüfung der Wirksamkeit eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes nach dem Nordenfelt-Test von Bedeutung sind, in folgender Weise zusammenfassen: Unternehmensveräußerung ist regelmäßig "sale of the goodwill of a business". Durch die weitere ungehinderte geschäftliche Tätigkeit des Verkäufers würde der "goodwill" beeinträchtigt. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes zugunsten des Käufers entspricht daher dem Interesse der Parteien, denn nur so bekommt der Käufer, was er auch zu übertragen beabsichtigte, nämlich "goodwill".

3. Wettbewerbsverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ?

a) Die Rechtslage in England

Diese Beziehung zwischen "goodwill" und einem Wettbewerbsverbot wirft die weitere Frage auf, ob auch ohne ausdrückliche Vereinbarung allein aufgrund der Veräußerung von "goodwill" sich für den Verkäufer ein Wettbewerbsverbot als aus dem Kaufvertrag folgende Nebenverpflichtung ergeben kann. Das House of Lords hat im Falle Trego v. Hunt¹⁾ zu dieser Frage Stellung genommen. Es wurde die Ansicht vertreten, daß der Verkäufer grundsätzlich nicht daran gehindert sei, ein Konkurrenzunternehmen zu eröffnen, wenn die Parteien des Kaufvertrages nicht ausdrücklich ein Wettbewerbsverbot vereinbart hätten. Damit verneinte es die rechtliche Anerkennung eines "implied restrictive covenant" als aus dem Kaufvertrag folgende Nebenverpflichtung.

1) (1896) A.C. 7

Das Gericht legte dem Veräußerer lediglich die Verpflichtung auf, nach dem Verkauf seines Geschäftes sich nicht weiter aktiv um Kontakte zu seinen früheren Kunden zu bemühen¹⁾. Insoweit erkannte es ausnahmsweise einen "implied covenant" an.

Lord Macnaghten betonte zur Rechtfertigung dieser Ausnahme, daß der Verkäufer nicht gehindert werden könne, dem Erwerber solchen Wettbewerb zu machen, dem dieser auch von jedem Dritten ausgesetzt sei. Betreue der Veräußerer jedoch seine alten Kunden weiter, so nutze er seine günstige frühere Stellung aus, auf die er gegen Erhalt eines Kaufpreises bei der Veräußerung verzichtet habe. Der Richter führt dazu im einzelnen aus: "A man may not derogate from his own grant; the vendor is not at liberty to destroy or depreciate the thing which he has sold."²⁾

Die Verpflichtung des Verkäufers, auf die Betreuung seiner ehemaligen Kunden zu verzichten, wird also mit dem Schutz des veräußerten "goodwill" gerechtfertigt. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist aber die Beschränkung des zugestandenen "implied covenant" auf das Verbot der Betreuung von alten Kunden unbefriedigend, da der veräußerte "goodwill" nicht unbedingt nur durch solche Tätigkeit des Verkäufers gefährdet werden kann.

Die Entscheidung des House of Lords in Trego v. Hunt ist jedoch geltendes Recht und für die Frage des Umfangs eines "implied covenant" bindende Autorität³⁾. Der Erwerber kann ohne entsprechende Vereinbarung zwar auch noch zusätzlich verlangen, daß sein Vertragspartner ihm keinen Wettbewerb unter dem ehemaligen Namen des Geschäftes macht⁴⁾. Im übrigen

1) a.a.O., S.24 (Lord Macnaghten)

2) a.a.O., S.25

3) Gare, a.a.O., S.87

4) Churton v. Douglas (1859), 1 Johns. 174

ist der Verkäufer ohne ausdrückliche Vereinbarung aber nicht daran gehindert, etwa unmittelbar neben seinem früheren Geschäft ein Konkurrenzunternehmen zu eröffnen. Auch hierin äußert sich die Betonung von "freedom of trade" durch das common law.

b) Die Rechtslage in den USA

Die Rechtsprechung der meisten amerikanischen Staaten ist dem Falle Trego v. Hunt gefolgt¹⁾. Daneben haben sich jedoch in den U.S.A. zwei weitere, davon abweichende Regeln herausgebildet. So wird in einigen Staaten dem Verkäufer von "goodwill" nicht nur erlaubt, nach der Veräußerung ein Konkurrenzgeschäft auch in unmittelbarer Nähe zu eröffnen, sondern er darf auch - entgegen Trego v. Hunt - sich weiter um seine frühere Kunden kümmern²⁾.

Die entgegengesetzte Auffassung wird in Massachusetts vertreten³⁾. Dort ist der Verkäufer bei der Veräußerung von "goodwill" auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung einem "implied restrictive covenant" unterworfen, soweit es zum Schutze des "goodwill" erforderlich ist. Die rechtliche Beurteilung eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes steht also hier mit der des "implied covenant" auf gleicher Stufe⁴⁾. Beide sind im gleichen Umfang wirksam.

Sieht man diese drei verschiedenen Regeln über "implied covenants" bei Geschäftsveräußerungen im Zusammenhang mit dem Schutz des veräußerten "good-

1) Carpenter, Validity of Contracts not to Compete, 76 U.Pa.L.R. 244, 257 (1928); Williston & Thompson, a.a.O., § 1640

2) Cottrell v. Babcock Printing Press Mfg.Co. 54 Conn.122, 6 Atl.791 (1886); Williams v. Farrant, 88 Mich.473, 50 N.W.446 (1891); Colton v. Duvall, 254 Mich. 346, 237 N.W. 48 (1931)

3) Foss. v. Roby, 195 Mass. 292, 81 N.E. 199(1907); 24 Am.Jur. 814 mit weiteren Nachweisen

4) Levin, a.a.O., S.501

will", so geht es einerseits sicher zu weit, dem Verkäufer weiterhin den völlig uneingeschränkten Wettbewerb zu gestatten. Die anderen, "implied covenants" zulassenden Regeln werden dem "goodwill"-Schutz schon eher gerecht, wenn auch die völlige Gleichsetzung mit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes in Massachusetts in der Rechtsprechung der U.S.A. zu dieser Frage eine Ausnahme bedeutet¹⁾.

IV. "Reasonableness" und Schutz des veräußerten "goodwill"

1. "Sale of goodwill" als Faktor zur Bestimmung der "reasonableness"

Der erwähnten Schutzfunktion des Wettbewerbsverbotes entsprechend sehen die Gerichte bei der Anwendung des "test of reasonableness" eine solche Vereinbarung auch nur in den durch diese Funktion bestimmten Grenzen als "reasonable" und wirksam an²⁾. So prüfen sie im Einzelfall zunächst, ob dem Wettbewerbsverbot eine wirkliche - und nicht nur fingierte - Veräußerung von "goodwill" zugrunde gelegen hat. Die Übertragung von "goodwill" wird dadurch zum ersten wichtigen Faktor, der über die "reasonableness" des Wettbewerbsverbotes entscheidet.

a) Echte Veräußerung - kein "covenant in gross"

Haben die Parteien im einzelnen Falle eine Veräußerung von "goodwill" nur vorgeschoben, um einzig die Ausschaltung des einen Vertragspartners als Konkurrenten des anderen zu erreichen, so ist das Wettbewerbsverbot eine reine Wettbewerbsvereinbarung (covenant in gross) und als solche unwirksam³⁾. Allein die ge-

1) Carpenter, a.a.O., S.258

2) Vgl. Restatement, Contracts, § 516 (a)

3) Anson-Guest, a.a.O., S.333; Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.333; British Reinforced Concrete Engineering Co., Ltd. v. Schelff, (1921) 2 Ch.563,576: "A covenant in gross against trading, however great the consideration, is void."

nuine Übertragung des Geschäftswertes begründet das schützenswerte berechnigte Interesse; den Schutz vor Konkurrenz allein erkennt die Rechtsprechung zu den Wettbewerbsverboten nicht als ausreichendes Interesse an¹⁾. Das wird vor allem durch den Fall Vancouver Malt & Sake Brewing Co., Ltd. v. Vancouver Breweries, Ltd.²⁾, klargestellt.

Das Gericht (Privy Council) hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Die Berufungskläger³⁾ waren im Besitze einer Braulizenz zur Herstellung und zum Verkauf von Bier gewesen. Sie hatten jedoch keinen Gebrauch davon gemacht und lediglich ein Getränk namens "sake"⁴⁾ hergestellt. Die Berufungsbeklagten waren ebenfalls Inhaber einer Bierbraulizenz und stellten dieses Getränk auch her. In einem Vertrag hatten die Berufungskläger den mit ihrer Bierbraulizenz verbundenen "goodwill" an die Berufungsbeklagten veräußert und sich ihnen gegenüber verpflichtet, 15 Jahre lang kein Bier zu brauen. Die Herstellung von "sake" war von dieser Vereinbarung ausdrücklich nicht betroffen.

Das Gericht sah dieses Wettbewerbsverbot als "unreasonable" und unwirksam an. Nach der Auffassung der Richter war in dem Vertrage zwischen den Parteien kein "goodwill" veräußert worden, der durch die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes hätte berechtigterweise geschützt werden dürfen. Der Vertrag konnte weder als eine Veräußerung des mit der Bierbraulizenz verbundenen "goodwill" aufgefaßt - die Berufungskläger hatten sie ja nicht genutzt und nur "sake" hergestellt -, noch als Verkauf der Braulizenz selbst - sie war personengebunden und nicht veräußerlich - ausgelegt werden. So kommt

1) S.o. S. 49

2) (1934) A.C. 181

3) Es handelt sich um eine Entscheidung in der Berufungsinstantz. Die Parteien werden hier als "appellants" und "respondents" bezeichnet

4) Ein alkoholisches Getränk aus Reis, das besonders in Japan sehr beliebt ist.

Lord Macmillan zu dem Ergebnis, daß der Vertrag nichts weiter sei als eine Vereinbarung, in der sich die eine Partei gegen Entgelt verpflichte, 15 Jahre lang kein Bier zu brauen und damit für diese Zeit als Konkurrent der anderen Partei auszuschneiden¹⁾. Der Richter glaubte, in Übereinstimmung mit dem Falle Mc Ellistim v. Ballymacelligott Co-op. Agric. & Dairy Soc.²⁾ keine Entscheidung finden zu können, in der ein solcher "bare covenant not to compete" jemals für wirksam gehalten worden sei³⁾.

b) Parteidentität bei Veräußerungsvertrag und Wettbewerbsverbot ?

Das Kriterium des "goodwill"-Schutzes bei der Beurteilung des Wettbewerbsverbotes nach dem "test of reasonableness" kann dazu führen, daß die Parteien der Unternehmensveräußerung nicht mit denen identisch sind, die anlässlich dieser Veräußerung ein Konkurrenzverbot vereinbart haben. Auch der Konkurrenzverzicht eines anderen als des bisherigen Eigentümers kann zum Schutze des verkauften Unternehmens erforderlich sein. So hatte z.B. im Nordenfelt-Fall⁴⁾ der dem Wettbewerbsverbot unterworfenen Nordenfelt nicht auch selbst das Unternehmen veräußert. Zwar war es ursprünglich von ihm gegründet worden. Später hatte er es jedoch an eine Gesellschaft (limited company) verkauft. Zu dem vom Gericht zu beurteilenden Wettbewerbsverbot verpflichtete sich Nordenfelt, als die Gesellschaft, von der er Anteile besaß und deren Geschäftsführer er war, ihr Unternehmen an eine andere "limited company" veräußerte. Die Richter hatten keine Bedenken, das Wett-

1) a.a.O., S.189

2) (1919) A.C. 548

3) Den Lord Chancellor aus dem Falle Mc Ellistim zitiierend, stellt Lord Macmillan fest: "... The covenants restrictive of competition which have been sustained have all been ancillary to some main transaction, contract or arrangement, and have been found justified because they were reasonably necessary to render that transaction, contract or arrangement effective." (a.a.O., 190)

4) (1894) A.C. 535

bewerbsverbot als anlässlich eines "sale of goodwill" abgeschlossen zu behandeln¹⁾. Auch und gerade Nordenfelt's Konkurrentztätigkeit hätte wegen seiner bisherigen Stellung als Geschäftsführer und Anteilsinhaber den übertragenen "goodwill" gefährden können.

c) Veräußerung von Aktien oder Geschäftsanteilen

Wird ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft betrieben, bei der ein Aktienkapital vorhanden ist²⁾ oder deren Geschäftsanteile veräußerlich sind³⁾, so kann sich auch der Aktionär oder Anteilsinhaber bei der Veräußerung der Aktien bzw. Anteile dem Erwerber gegenüber wirksam zu einem Wettbewerbsverbot verpflichten⁴⁾. Zwar ist in diesen Fällen nicht das Unternehmen selbst der Kaufgegenstand. Doch muß sich auch der seine Anteile veräußernde Aktionär zu einem Wettbewerbsverbot - dessen Schutzzweck entsprechend - wirksam verpflichten können, wenn gerade auch er den "goodwill" des Unternehmens durch eine weitere Konkurrentztätigkeit beeinträchtigen könnte⁵⁾. Das wird man bejahen können, wenn der Aktionär oder Anteilseigner in besonderer Weise, sei es durch Mehrheitsbesitz oder Geschäftsführung, auf das Unternehmen hatte Einfluß nehmen können. Beim Aktionär hingegen, der seinen Minderheitsbesitz oder nur Teile davon veräußert, wird man ohne Hinzutritt besonderer Umstände regelmäßig nicht davon ausgehen können, daß der "goodwill" des Unternehmens unter seiner geschäftlichen Aktivität leiden könnte.

1) a.a.O., S.560

2) z.B. in England "public limited company" und in U.S.A. "corporation" als Äquivalent zur Aktiengesellschaft des deutschen Rechts.

3) z.B. in England "private limited company"

4) Connors Bros. v. Connors, Ltd., (1940) 4 All.E.R. 179,190; Williston & Thompson, a.a.O., § 1641; Wright, Some Relations Incident to a Sale of Goodwill, 7 Tenn.L.R. 225,244(1929).

5) Corbin, On Contracts, Bd.6A, § 1388

Ein instruktives Beispiel für diese Grundsätze über die Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten bei der Veräußerung von Anteilen eines Unternehmens bietet der Fall *Connors Bros. v. Connors, Ltd.*¹⁾. Der Beklagte hatte alle Anteile eines Unternehmens der Fischkonservenbranche an die Kläger veräußert und sich mit einem Wettbewerbsverbot ihnen gegenüber zur Konkurrenzenthaltung verpflichtet. Später hielt er sich nicht mehr an diese Vereinbarung und vertrat die Auffassung, er habe sich gar nicht rechtswirksam einem Wettbewerbsverbot unterwerfen können, da das Unternehmen nicht von ihm als Eigentümer betrieben worden, sondern Gesellschaft und selbständige juristische Person gewesen sei. Nach der Entscheidung des Gerichtes (Privy Council) waren aber die Regeln über Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit der Veräußerung von "goodwill" auch hier anwendbar; des Beklagten früherer Alleinbesitz der Geschäftsanteile des Unternehmens bedeutete nach der Meinung der Richter, daß einzig er das Unternehmen kontrolliert habe. Daher müsse er sich im Hinblick auf die Beurteilung des Wettbewerbsverbotes so behandeln lassen, als hätte er das Unternehmen selbst verkauft.

2. Die Angemessenheit des Schutzes des veräußerten "goodwill" als Faktor der "reasonableness"

Die Sicherung des übertragenen "goodwill" vor der Konkurrenzfähigkeit des Veräußerers bestimmt auch die Grenze für die Angemessenheit der Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes in gegenständlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht²⁾. Nur soweit es dem angemessenen Schutz des veräußerten Geschäftswertes entspricht, tritt der "freedom of trade"-Grundsatz zugunsten der Vertragsfreiheit zurück.

1) (1940) 4 All E.R. 179

2) *Cheshire & Fifoot, a.a.O.*, S.334

Der Schutz des veräußerten Unternehmens durch ein Wettbewerbsverbot, das seiner Sicherungsfunktion entsprechend nach Gegenstand, Ort und Zeit begrenzt ist, liegt in erster Linie im Interesse des Erwerbers. Er ist der aus dem Wettbewerbsverbot Berechtigte (covenantee). Hat aber das Wettbewerbsverbot im Interesse beider Parteien "reasonable" zu sein¹⁾, so ist bei der Ermittlung der Angemessenheit des Umfangs der Vereinbarung auch auf die Interessen des zur Konkurrenzenthaltung Verpflichteten (covenantor) Rücksicht zu nehmen. Mag das Wettbewerbsverbot auch im Einzelfall den Interessen beider Parteien in angemessener Weise entsprechen und reasonable sein, so kann seine Wirksamkeit nach dem Nordenfelt-Test doch noch mit der Begründung angegriffen werden, daß es das öffentliche Interesse (public interest) verletze. Die Frage der Angemessenheit wird demnach auch im Hinblick auf den Schutz öffentlicher Belange zu stellen sein.

a) Veräußerter "goodwill" als alleiniger Schutzgegenstand

Soll das Wettbewerbsverbot die gesamten geschäftlichen Interessen des Erwerbers schützen, so ist es unwirksam. Der ihm durch ein Konkurrenzverbot zugestandene Schutz seiner Geschäftstätigkeit ist gegenständlich auf das erworbene Unternehmen begrenzt²⁾. Der Erwerber mag noch andere Unternehmen - auch derselben Branche wie das gekaufte - betreiben und ebenfalls an deren Schutz vor dem Wettbewerb des Veräußerers des jetzt erworbenen Geschäftes interessiert sein. Diese weiteren geschäftlichen Interessen dürfen das Wettbewerbsverbot jedoch nicht gegenständlich ausweiten.

1) S.o. S. 48

vgl. auch Moller, a.a.O., S. 29

2) Gare, a.a.O., S. 88; Williston & Thompson, a.a.O., § 1641

Das macht insbesondere der Fall British Reinforced Concrete Engineering Co., Ltd. v. Schelff¹⁾ deutlich. Die Kläger betrieben ein großes Unternehmen zur Herstellung und zum Vertrieb von bestimmten Straßenbauteilen (B.R.C. road reinforcements). Sie kauften das kleinere Geschäft des Beklagten, der Straßenbauteile anderer Art (Loop road reinforcements) hergestellt hatte. Dabei war zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot mit dem Inhalt vereinbart worden, daß der Beklagte sich nicht weiter mit Herstellung und Vertrieb von "road reinforcements" befassen werde. Das Gericht hielt das Wettbewerbsverbot für unwirksam, weil es gegenständlich zu weit gehe. Die Kläger hatten lediglich einen Betrieb für "Loop reinforcements" erworben. Nur insoweit konnten sie einen Verzicht des Beklagten auf seine weitere Tätigkeit verlangen²⁾. Auf die von den Beklagten auch noch ausgeführte "B.R.C. road reinforcement"-Produktion durfte das Wettbewerbsverbot nicht ausgedehnt werden.

b) Angemessener Schutz durch räumliche und zeitliche Begrenzung des Wettbewerbsverbotes

aa) Das Interesse des Begünstigten (covenantee)

Das Wettbewerbsverbot ist im Interesse des Berechtigten (covenantee) wirksam und "reasonable", wenn durch den Umfang seiner räumlichen und zeitlichen Ausdehnung der veräußerte "goodwill" so geschützt wird, daß eine weitere geschäftliche Tätigkeit des Verkäufers dem übertragenen Unternehmen nicht mehr schadet. Die Begrenzung des Wettbewerbsverbotes nach Ort und

1) (1921) 2 Ch.563; vgl. auch Mc Allister v. Cardinal 47 D.L.R. (2d) 319

2) a.a.O., S.547 f.: "It is the business sold which is the legitimate subject of protection..." (Younger, L.J.). Allerdings ist vereinzelt (z.B. in Smedley's, Ltd. v. Smedley, (1921) 2 Ch. 580 durch Sargant, J., auch vertreten worden, daß neben dem vom Käufer erworbenen auch dessen andere, schon bisher betriebenen Unternehmen mit dem Wettbewerbsverbot geschützt werden könnten. Das entspricht jedoch nicht der herrschenden Meinung.

Zeit ist danach ein weiterer wesentlicher Faktor zur Ermittlung seiner Wirksamkeit. Die englische und ihr folgend¹⁾ die amerikanische Rechtsprechung haben in diesem Zusammenhang folgende Gesichtspunkte betont:

(1) Räumliche Begrenzung

Der räumliche Geltungsbereich eines Wettbewerbsverbotes muß grundsätzlich mit dem Gebiet übereinstimmen, über das sich die Geschäftstätigkeit des veräußerten Unternehmens erstreckte²⁾. So wurde in *Empire Meat Co., Ltd. v. Patrick*³⁾ ein bei dem Verkauf eines Fleischerladens vom Verkäufer gegebenes Versprechen, im Umkreis von 5 Meilen keine Konkurrenztätigkeit auszuüben, für unwirksam gehalten, weil die Kunden des Geschäftes nur in einem Umkreis von höchstens 2 Meilen wohnten. Andererseits entschied das House of Lords im *Nordenfelt-Fall*⁴⁾, daß ein völlig unbegrenztes und weltweites Wettbewerbsverbot dann wirksam sein könne, wenn die Ausdehnung des veräußerten Unternehmens - seine Kunden verteilten sich über die gesamte Welt - dies erfordere.

Während die meisten englischen und amerikanischen Entscheidungen sich eindeutig an die Regel halten, daß ein Wettbewerbsverbot nicht für einen Bereich versprochen werden könne, der über den des veräußerten Geschäftes hinausgeht, ist eine Minderheit in der Rechtsprechung für eine Erweiterung des räumlichen Geltungsbereiches eingetreten. So soll das Wettbewerbsverbot auch dann wirksam sein, wenn es ebenfalls solche Gebiete einschließt, für die bei der Veräußerung eine Ausdehnung des Geschäftsbereiches schon vernünftiger-

1) *Williston & Thompson, a.a.O., § 1639*

2) *Kutash v. Gluckman, 193 Ga. 805, 20 S.E.2d 128*
(1942) (zitiert nach *Oppenheim, a.a.O., S.25*)

3) (1939) 2 All E.R. 85

4) (1894) A.C. 535

weise erwartet werden konnte¹⁾. Diese Auffassung widerspricht dem Grundgedanken des durch das Wettbewerbsverbot zu gewährleistenden "goodwill"-Schutzes nicht. Sie berücksichtigt lediglich die Tatsache, daß der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmenskaufs auch dadurch gefährdet werden kann, daß die Möglichkeit einer beabsichtigten geschäftlichen Ausweitung und Entwicklung des übernommenen Geschäftes durch die Konkurrenzfähigkeit des Veräußerers beschnitten wird²⁾.

Um die im Einzelfall angemessene und erforderliche räumliche Begrenzung des Wettbewerbsverbotes festzustellen, hat das Gericht also grundsätzlich zu prüfen, in welchem Bereich der "goodwill" des veräußerten Geschäftes wirksam gewesen ist und ob der vereinbarte Geltungsbereich dieses Konkurrenzverbotes das so ermittelte Territorium nicht übersteigt. Dabei werden sich feste Grenzen nur schwer ermitteln lassen und auch kaum ergeben³⁾. Der geschäftliche Wirkungsbereich wird aber regelmäßig unter Berücksichtigung der Art des im Einzelfall veräußerten Unternehmens festgestellt werden können. Wenn auch letztlich alle Umstände des Einzelfalles für die "reasonableness" maßgeblich sind, so ist der Geschäftstyp für die Frage der Angemessenheit aber besonders deshalb ein wesentlicher Anhaltspunkt, weil der zu schützende "goodwill" gerade bei verschiedenartigen Unternehmen in seinem Gehalt und seiner Sicherungsbedürftigkeit vor der Konkurrenzfähigkeit des früheren Inhabers unterschiedlich ist⁴⁾. Diese Bedeutung der jeweiligen Art unternehmerischer Tätigkeit betont Lord Herschell⁵⁾, wenn er ausführt,

1) Lamson Pneumatic Tube Co. v. Phillips (1904) 91 L.T. 363; für U.S.A.-Entscheidungen vgl. 46 ALR 2d 253 (Anno.)

2) Williston & Thompson, a.a.O., § 1641 a.E.

3) Whittaker v. Howe (1841), 3 Beav. 383, 394

4) Gare, a.a.O., S.35: "Almost every profession, trade and occupation differs in the width of the area of protection which its members require." Vgl. auch für die amerikanische Rechtsprechung 46 ALR 2d 288 (Anno.)

5) im Nordenfelt-Fall, a.a.O., S.547 f.

bei einigen Berufen und gewerblichen Tätigkeiten sei ein unbeschränktes, sich auf ganz England erstreckendes Wettbewerbsverbot zum angemessenen Schutz des Berechtigten sicher kaum jemals denkbar und erforderlich.

So haben die Gerichte bei Herstellerunternehmen Konkurrenzverbote für ein besonders weites - oft gar unbeschränktes - Gebiet zugebilligt. Das bekannteste Beispiel ist wiederum der Nordenfelt-Fall¹⁾, wo die Herstellung von Gewehren und Munition bei weltweitem Kundenkreis nur durch ein unbeschränktes Wettbewerbsverbot geschützt werden konnte. In Harms v. Parsons²⁾ war ein Unternehmen zur Verarbeitung von Pferdehaaren veräußert worden. Der Verkäufer hatte dabei versprochen, im Umkreis von 200 Meilen auf Wettbewerb mit dem Käufer zu verzichten. Das Gericht sah den "restrictive covenant" als wirksam an, und Lord Romilly bemerkte in der Entscheidung: "If the nature of the trade require it, the extent excluded may be very great indeed."³⁾

Bei Handelsunternehmen ist ein Wettbewerbsverbot ebenfalls für weitere Bereiche zugebilligt worden. Ein verhältnismäßig großer räumlicher Geltungsbereich wurde im Goldsoll v. Goldman⁴⁾ als zulässig anerkannt. Die Geschäftstätigkeit des veräußerten Unternehmens erstreckte sich auf den Handel mit künstlichem Schmuck. Das Wettbewerbsverbot sollte nicht nur in Großbritannien, Irland und auf der Insel Man, sondern auch noch in den Vereinigten Staaten, Rußland, Spanien sowie den Hauptgeschäftszentren von Berlin und Wien gelten. Der Court of Appeal hielt es jedoch nur insoweit für wirksam, als es sich auf Großbritannien und die Insel Man bezog. Eine weitere Ausdehnung wäre nach den Umständen des Falles über einen angemessenen Schutz des veräußerten Geschäftes vor dem Wettbewerb des Veräußerers hinausgegangen.

1) s.o. S. 41

2) (1862), 32 Beav. 328

3) a.a.O., S. 331

4) (1915) 1 Ch. 292

Demgegenüber ist bei Einzelhandelsgeschäften die dem Wettbewerbsverbot zugestandene Ausdehnung gering, da auch häufig der bei ihnen vorhandene "goodwill" einen räumlich sehr begrenzten Charakter hat. Bei solchen, einen bestimmten Bezirk mit bestimmten Waren versorgenden Geschäften überwiegen Elemente eines "local goodwill"¹⁾. Solcher, eng mit der Geschäftslage verbundener "goodwill" benötigt aber nur geringen Schutz vor einer Konkurrenztaetigkeit des bisherigen Geschäftsinhabers. Nur der in unmittelbarer Nähe des verkauften Geschäfts ausgeführte Wettbewerb könnte hier dem Erwerber schaden. So wurde bei der Veräußerung eines Kolonialwarenladens ein Wettbewerbsverbot für einen Umkreis von einer Meile als ausreichend angesehen²⁾; seltener schon kommt es vor, daß ein für die ganze Stadt geltendes Konkurrenzverbot für wirksam gehalten wird³⁾.

Für die Veräußerung von örtlich gebundenen Gewerben, wie z.B. Handwerksbetrieben oder Gaststätten gilt bezüglich des als wirksam erklärten räumlichen Geltungsbereiches Ähnliches. Auch sie - insbesondere Gaststätten - haben in größerem Maße standortbedingten "goodwill". Demzufolge ist die Wahrscheinlichkeit gering, daß der bisherige Eigentümer den veräußerten "goodwill" erheblich wird beeinträchtigen können. Daher ist nur ein 1-Meilen-Konkurrenzverbot von den Gerichten erlaubt worden, als es z.B. um den Verkauf eines Friseurgeschäftes ging⁴⁾. Eine Ausdehnung des Verbotes auf 4 Meilen wurde bei einem solchen Verkauf schon als unwirksam angesehen⁵⁾. Bei der Veräußerung eines Restau-

1) s.o. S. 54

2) Adamowicz v. Iwanicki, 286 Mass. 453, 190 N.E. 711 (1934)

3) Milaneseo v. Calvanese, 92 Conn. 641, 103 Atl. 841 (1918)

4) Mattis v. Lally, 138 Conn. 51, 82 Atl. 2d 155 (1951)

5) Ferrone v. Mucci, 335 Mass. 87, 138 N.E. 2d 601 (1956)

rantes war sogar ein Wettbewerbsverbot vereinbart worden, daß sich zulässigerweise nur auf einen Umkreis von 500 yards beziehen durfte¹⁾.

Bei der Veräußerung einer freiberuflichen Praxis kann wiederum eine größere Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes angemessen sein. Der Aufbau des "goodwill" war zumeist eng mit den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten des Inhabers verbunden. Der "personal goodwill"²⁾ ist hier besonders wesentlich. Der Erwerber verdient einen größeren Schutz, da eine Wettbewerbstätigkeit des Veräußerers wegen dieser engen Verbindung zu dem "goodwill" seiner früheren Praxis in erhöhtem Maße für ihn gefährlich werden kann. In der amerikanischen Rechtsprechung ist bei der Veräußerung von Arztpraxen ein Wettbewerbsverbot für wirksam gehalten worden, das sich über die gesamte Stadt erstreckte, in der der Verkäufer praktiziert hatte³⁾. Je nach Bevölkerungsdichte ist es darüber hinaus noch für zulässig gehalten worden, bis zu 20 Meilen über den Bereich der Stadt hinaus dem Veräußerer vertraglich eine Konkurrentztätigkeit zu untersagen⁴⁾. Die meisten der entschiedenen Fälle betreffen die Veräußerung von Arzt- oder Zahnarztpraxen. Doch ist durchaus anerkannt, die Grundsätze dieser Entscheidungen auch auf andere freiberufliche Tätigkeiten, wie die von Anwälten, Architekten oder Verlegern zu übertragen. Einzige Voraussetzung dafür ist, daß es praktisch möglich und gesetzlich erlaubt ist, die Praxis des freiberuflich Tätigen zu veräußern⁵⁾.

Hatte der Name eines Unternehmens einen besonderen Ruf und sollte das Geschäft nach der Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber unter diesem Namen fortgeführt werden, so ist ebenfalls ein räumlich

- 1) *Auslyn, Inc. v. Rousseau*, 321 Mass. 735, 75 N.E. 2d 641; vgl. auch *Wyder v. Milhomme*, 96 N.J.L. 500, 115 Atl. 380
- 2) S.o. S. 55
- 3) *Foss v. Roby*, 195 Mass. 292, 81 N.E. 199 (1907)
- 4) *Butler v. Burleson*, 16 Vt. 176 (1844) (zitiert nach Levin, a.a.O., S.522)
- 5) Näheres bei Levin, a.a.O., S.522

ausgedehnteres Wettbewerbsverbot erforderlich. Der Schutz gilt hier einem "goodwill", der besonders mit der Kenntnis dieses Namens beim Publikum verbunden ist. Daher ist es angemessen, das Wettbewerbsverbot für den Bereich zuzulassen, in dem gerade durch die Verbreitung dieses Namens eine Geschäftstätigkeit festzustellen ist¹⁾.

Eine größere räumliche Ausdehnung des vereinbarten Wettbewerbsverbotes ist von den Gerichten auch in solchen Fällen gebilligt worden, bei denen mit der Veräußerung des "goodwill" auch ein Übergang von bestimmten Geschäftsgeheimnissen oder Patenten verbunden war²⁾. Auch hier erhöht sich die Schutzbedürftigkeit des veräußerten Geschäftswertes, den der Verkäufer durch Preisgabe oder eigener wirtschaftlicher Verwertung solcher "trade secrets" nicht nur in der unmittelbaren Nachbarschaft seines früheren Geschäftes gefährden könnte.

(2) Zeitliche Begrenzung

Auch die zeitliche Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes darf das durch den Schutz des veräußerten "goodwill" gebotene Maß nicht überschreiten. Im Einzelfall ist diesem Grundsatz gemäß diejenige Zeitdauer als angemessene Beschränkung anzusehen, in der eine Konkurrenzttätigkeit des Veräußerers den übertragenen "goodwill" in höherem Maße beeinträchtigen würde als der geschäftliche Wettbewerb eines unteiligten Dritten³⁾. Während dieser Zeit ist der veräußerte "goodwill" noch nicht endgültig gesichert; der Veräußerer steht noch mit dem Kundenkreis oder den Lieferanten seines früheren Geschäftes in so enger Beziehung, daß er mit einer neuen Geschäfts-

1) Vgl. Gare, a.a.O., S.86

2) Pellow v. Ivey (1933) 49 T.L.R. 422

3) Vgl. 45 ALR 2d 101 (Anno.)

tätigkeit einen Wettbewerbsvorsprung erhielte, auf den er gerade bei dem Verkauf des Unternehmens und dessen Geschäftswertes zugunsten des Erwerbers verzichtet hat.

Wie lange der veräußerte "goodwill" im einzelnen in dieser Weise schutzbedürftig bleibt, kann auch wieder nur aus den Umständen des jeweiligen Falles erschlossen werden. Insbesondere richtet sich auch hier die erforderliche Zeitdauer der Beschränkung nach dem Geschäftstyp¹⁾. Die oben genannte²⁾ Beziehung zwischen der Art des veräußerten "goodwill" und der zu seinem Schutze notwendigen örtlichen Beschränkung gilt entsprechend auch für die zulässige Zeitgrenze des Wettbewerbsverbotes.

Bei Herstellerunternehmen sind im allgemeinen zeitliche Beschränkungen von langer oder gar unbestimmter Dauer³⁾ für wirksam gehalten worden. Es mag auf die Unternehmensgröße, den Ruf, die Erzeugnisse oder den Marktanteil zurückzuführen sein, wenn es häufig nach der Veräußerung eines solchen Unternehmens noch für lange Zeit wahrscheinlich bleibt, daß sein "goodwill" durch den früheren Inhaber beeinträchtigt werden kann⁴⁾.

Bei Groß- und Einzelhandelsunternehmen wird eine Geltungsdauer des Wettbewerbsverbotes vereinbart werden dürfen, die sicherstellt, daß der Veräußerer jeglichen Einfluß über die frühere Kundschaft verliert. Das kann bei einem Einzelhandelsgeschäft mit örtlich sehr beschränktem Kundenkreis schon nach einem oder zwei Jahren erreicht sein, zumal es hier

1) Treitel, a.a.O., S.286

2) S.O. S. 69

3) Eine natürliche Grenze für die zeitliche Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes bildet grundsätzlich die Lebensdauer der zur Konkurrenzenthaltung verpflichteten Person. Demgegenüber ist die Lebensdauer des aus dem Verbot Berechtigten keine solche Grenze, denn er kann das erworbene Unternehmen weiterübertragen, ohne daß die Schutzbedürftigkeit schon entfallen wäre. Vgl. 45 ALR 2d 100 (Anno.)

4) Vgl. 45 ALR 2d 173 (Anno.) mit Rechtsprechungsnachweisen

vornehmlich auf "local goodwill" noch ankommen wird. Bei einem Großhandelsunternehmen kann sich der erforderliche Zeitraum dadurch verlängern, daß der Kundenkontakt unregelmäßig ist und in größeren Zeitabständen stattfindet, denn hierdurch wird sich auch die endgültige Sicherung der veräußerten "goodwill" verzögern¹⁾.

Bei freiberuflichen Praxen mit "personal goodwill" wird der angemessene Zeitraum dadurch bestimmt, daß des früheren Inhabers Ruf, seine Fähigkeiten und das zum Publikum geschaffene Vertrauensverhältnis ohne ein für längere Zeit vereinbartes Wettbewerbsverbot ihren Einfluß nicht sobald verlieren würde²⁾.

(3) Verhältnis der räumlichen und zeitlichen Begrenzung

Örtliche und zeitliche Begrenzung eines vertraglichen Wettbewerbsverbotes sind in ihrer Gemeinsamkeit wesentliche Elemente des die inhaltliche Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bestimmenden "test of reasonableness". Weder macht alle in die Berücksichtigung der räumlichen noch die ausschließliche Prüfung der zeitlichen Beschränkung ein Wettbewerbsverbot "reasonable". Umgekehrt ist auch bei seiner etwaigen Unbegrenztheit keines der Elemente für die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes allein verantwortlich. Das würde eine Rückkehr zur früheren Lehre von den unwirksamen "general restraints" bedeuten. Geltungsbereich und Geltungsdauer sind vielmehr Faktoren, aus deren Zusammenwirken sich erst ergibt, ob ein "restrictive covenant" "reasonable" oder "unreasonable" ist³⁾.

1) Vgl. 45 ALR 2d 164 (Anno.)

2) Vgl. 45 ALR 2d 156 (Anno.)

3) Restatement, Contracts, § 515, Comment c)

Schon aus der historischen Entwicklung der "restraint of trade"-Grundsätze wird aber deutlich, daß diesen Faktoren ein unterschiedliches Gewicht beigemessen wurde¹⁾. Ein räumlich unbegrenztes Wettbewerbsverbot war nach Mitchel v. Reynolds²⁾ als "general restraint" unwirksam. Demgegenüber zeigte sich eine untergeordnete Bedeutung der Begrenzung in zeitlicher Hinsicht darin, daß ein "restrictive covenant" niemals deswegen für unwirksam gehalten worden ist, weil er zeitlich unbegrenzt war³⁾. Auch unter der alleinigen Herrschaft des "test of reasonableness" hat sich daran nichts geändert. Dieser Rangunterschied hängt mit der "public policy"-Grundlage des "restraint of trade"-Bereiches zusammen. Der die gewerbliche Betätigungsfreiheit fordernde "freedom of trade"-Grundsatz wird stärker durch ein Wettbewerbsverbot getroffen, das sich über ein weites Gebiet erstreckt, als mit einer Vereinbarung, die dem Verpflichteten vielleicht nur für den Bereich von 2 Meilen eine Wettbewerbstätigkeit auf lange Zeit untersagt⁴⁾.

Ein praktisches Beispiel für diese unterschiedliche Bewertung der Beschränkung nach Ort und Zeit ist der Fall Hitchcock v. Coker⁵⁾. Die Exchequer Chamber entschied hier, daß ein zeitlich unbeschränktes Wettbewerbsverbot wirksam sein könne, wenn es nur sonst in räumlicher Hinsicht "reasonable" wäre.

1) S.o. S. 34

2) (1711), 1 P.Wms. 181

3) Haynes v. Doman (1899) 2 Ch.13,23: "It is very remarkable that no case can be found in which an agreement in restraint of trade, free from objections in other respects, has been held void simply because its duration was not restricted." (Lindley, L.J.)

4) Mit ähnlicher Begründung auch Gare, a.a.O., S.30

5) (1837) 6 Ad. & E. 438

Ist aber andererseits der räumliche Geltungsbereich wesentlich weiter, als es der Schutz des veräußerten Unternehmens erfordert, so kann auch eine angemessene zeitliche Begrenzung das Wettbewerbsverbot nicht "reasonable" machen¹⁾.

Die nachgeordnete Bedeutung der zeitlichen Begrenzung des Konkurrenzverbotes schließt aber dennoch nicht aus, daß sie im Einzelfall Einfluß auf den angemessenen räumlichen Geltungsbereich haben kann und umgekehrt²⁾. Haben die Parteien das Wettbewerbsverbot z.B. nur für ein außergewöhnlich kleines Gebiet vereinbart, so mag die zulässige Geltungsdauer der Vereinbarung dadurch erheblich steigen³⁾. Ist andererseits im Einzelfalle zweifelhaft, ob eine bestimmte räumliche Ausdehnung als angemessen angesehen werden kann, so wird eine vielleicht besonders kurze Dauer des Wettbewerbsverbotes unter Umständen den Ausschlag für seine Wirksamkeit geben⁴⁾.

bb) Das Interesse des Verpflichteten (covenantor)

Gewährleistet eine bestimmte räumliche und zeitliche Begrenzung des Wettbewerbsverbotes einen angemessenen Schutz für den veräußerten "goodwill", so entspricht das zunächst dem Interesse des aus der Abrede Berechtigten (covenantee)⁵⁾. Dem Interesse des Verpflichteten (covenantor) aber mag die Unterwerfung unter ein solches Verbot zuwiderlaufen. Die common law-Rechtsprechung hat aber gleichwohl den örtlich und zeitlich angemessenen Schutz des übertragenen "goodwill" auch als dem Interesse des

1) Benjamin, a.a.O., S.519

2) Fitch v. Dewes, (1921) 2 A.C. 158,163: "...guidance may be derived in dealing with a restriction relating to time from an examination of the restriction which is made in respect of space. And the converse remark is of course equally true."

3) Fitch v. Dewes, (1921) 2 A.C. 158,163

4) Vgl. Todsen, a.a.O. S.56

5) E.o. S. 66

"covenantor" entsprechend angesehen. Sie betont die Einheitlichkeit des Veräußerungsvorgangs und sieht das Interesse des der Verpflichtung unterworfenen Verkäufers besonders darin, daß er nur bei Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes den "goodwill" wirklich preisgerecht zu veräußern in der Lage sei¹⁾.

Lord Parker of Waddington²⁾ gibt die herrschende Auffassung wieder, wenn er feststellt: "As long as the restraint to which he (covenantor) subjects himself is no wider than is required for the adequate protection of the person in whose favour it is created, it is in his interest to be able to bind himself for the sake of the indirect advantages he may obtain by so doing." Daraus folgt, daß der Gesichtspunkt des "goodwill"-Schutzes auch über die Angemessenheit des Wettbewerbsverbotes hinsichtlich der Interessen des zur Konkurrenzenthaltung Verpflichteten entscheidet. Die Sicherung des veräußerten Geschäftswertes entspricht auch seinem Interesse. Dem möglichen Einwand, die örtliche und zeitliche Ausdehnung sei zwar zum Schutze der Käuferinteressen erforderlich, werde für den Verpflichteten aber wegen des weiten Umfanges des Geltungsbereiches zu einer unbilligen Härte, haben die Gerichte daher bei der Beurteilung von Wettbewerbsverboten im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen auch zumeist nicht beachtet³⁾. Regelmäßig

1) Vgl. Anson-Guest, a.a.O., S.329 f.

2) in Morris v. Saxelby, (1916) 1 A.C. 688, 707

3) Das Restatement, Contracts, § 515 (b) sieht allerdings in der unbilligen Härte der Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes für den Verpflichteten einen selbständigen "unreasonableness"-Grund. Doch ergibt sich aus der nachfolgenden Kommentierung, daß hierbei im wesentlichen an Wettbewerbsverbote in Dienstverträgen gedacht ist.

wird der Verkäufer auf den erhaltenen Kaufpreis verwiesen, den er oft wegen des mitveräußerten "goodwill" nicht unwesentlich erhöhen konnte¹⁾.

cc) Das öffentliche Interesse (public interest)

(1) England

Entgegen der Forderung des Nordenfelt-Tests, das Wettbewerbsverbot dürfe keine öffentlichen Interessen (public interest) verletzen, wird in *Attorney General of Commonwealth of Australia v. The Adelaide Steamship Co., Ltd.*²⁾ festgestellt, daß in der englischen Rechtsprechung noch niemals ein "restraint of trade", der die Interessen der Parteien angemessen geschützt hätte, allein deswegen für unwirksam gehalten worden sei, weil er irgendwie öffentliche Interessen verletzt hätte³⁾.

So fragt auch Lord Macnaghten im Nordenfelt-Fall zweifelnd: "How can the public be injured by the transfer of a business from one hand to another?"⁴⁾ Er nimmt dann näher dazu Stellung, in welcher Weise die Öffentlichkeit bei einer Unternehmensveräußerung überhaupt durch die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes konkret berührt werden könnte und verneint in jedem Falle eine Verletzung dieser die Allgemeinheit angehenden Interessen: Zunächst bleibe der Nutzen, den die Öffentlichkeit aus der Existenz eines Geschäftes ziehe, ihr auch

1) 46 ALR 2d 261 (Anno.); 45 ALR 2d 102 (Anno.) mit Rechtsprechungsnachweisen

2) (1913) A.C. 781

3) Doch wurde später in *Wyatt v. Kreglinger & Fernau* (1933) 1 K.B. 793 ein Wettbewerbsverbot allerdings auch mit der Begründung für unwirksam gehalten, daß es "public interest" verletze. Dieser Fall kann jedoch nicht unmittelbar hier berücksichtigt werden, da es sich dort um eine Vereinbarung für die Zeit nach Ablauf eines Arbeitsverhältnisses handelte.

4) (1894) A.C. 535, 574

nach der Veräußerung erhalten, da der Erwerber es ja weiterführe. Auch verhindere der für den "good-will" gezahlte Kaufpreis regelmäßig, daß der zum Verzicht auf seine gewerbliche Tätigkeit verpflichtete Verkäufer zu einer Last für die Öffentlichkeit werde. Auf die Frage des im öffentlichen Interesse liegenden Wettbewerbsschutzes geht Lord Macnaghten nicht ein.

Die Folge ist, daß die Prüfung der Vereinbarkeit von Wettbewerbsverboten mit "public interest" bei Unternehmensveräußerungen praktisch bedeutungslos wurde. Besteht bei der Vereinbarung kein Zweifel daran, daß sie "reasonable as between the parties" ist, so wird regelmäßig "public interest" ebenfalls nicht verletzt¹⁾. Im Vordergrund steht in der Praxis demnach die Abwägung der Parteiinteressen; die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses wird mit dem angemessenen Schutz der Vertragsparteien gleichgesetzt²⁾.

Diese praktische Bedeutungslosigkeit führte im Falle Routh v. Jones³⁾ dazu, die Fortgeltung von "public interest" als selbständiges Element innerhalb des Nordenfelt-Tests zu verneinen. Das entspricht jedoch nicht der herrschenden Auffassung. So wird zwar zugestanden, daß die Unwirksamkeit eines Wettbewerbsverbotes aus dem Gesichtspunkt der Verletzung öffentlicher Interessen nur "theoretisch"⁴⁾ möglich sei, doch will man "als letzte Zuflucht"⁵⁾ dieses Element weiterhin beachten und nicht vollständig darauf verzichten.

1) Underwood & Son, Ltd. v. Barker (1899) 1 Ch.300

2) Light, a.a.O., S.29

3) (1947) 1 All E.R. 758,

4) Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.334

5) Treitel, a.a.O., S.288

Der Grund dafür, daß von der im Nordenfelt-Test verlangten Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes mit "public interest" im Grundsatz nicht abgewichen werden soll, liegt vor allem in dem Zusammenhang der "restraint of trade"-Grundsätze mit "public policy". Die Beurteilung von "contracts in restraint of trade" auf der Grundlage des "public policy"-Prinzips ließe die völlige Ausklammerung des Schutzes öffentlicher Belange aus dem "test of reasonableness" nicht zu. Daher wird man die geringe Bedeutung der selbständigen Prüfung des Wettbewerbsverbotes auf die Verletzung öffentlicher Interessen hin nicht als völlige Aufgabe dieses Gesichtspunktes, sondern in der Weise aufzufassen haben, daß von den englischen Richtern immer schon der angemessene Schutz und Ausgleich der beteiligten Parteiinteressen als auch dem öffentlichen Interesse nicht widerstreitend angesehen worden ist.

(2) U.S.A.

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat hingegen die Rechtsprechung der "public interest"-Beurteilung ein größeres Gewicht unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbes gegeben¹⁾. So ist ein

1) Bei der Frage, inwieweit das anlässlich der Veräußerung eines Unternehmens vereinbarte Konkurrenzverbot den Wettbewerb beeinträchtigt, ist mit Williston & Thompson, a.a.O., § 1641 (vgl. auch Restatement, Contracts, § 56, Comment on clause (a)) darauf abzustellen, ob der Erwerber vor der Veräußerung schon Wettbewerber des Veräußerers gewesen war oder nicht. Nur im ersteren Falle tritt mit der Vereinbarung des Wettbewerbsverbotes eine Verminderung des Wettbewerbs ein. Verzichtet der Veräußerer, der Wettbewerber des Käufers ist, auf Konkurrenz, so liegt darin eine Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markte, die aber nach common law in den durch den "goodwill"-Schutz gezogenen Grenzen nicht zu beanstanden ist.

Wettbewerbsverbot nach common law dann unwirksam, wenn Unternehmensveräußerung und Konkurrenzklausel nur Teil eines Gesamtplanes des Erwerbers waren, durch den er eine Monopolstellung (monopoly) auf einem bestimmten Markt zu errichten und hier jeden weiteren Wettbewerb auszuschalten beabsichtigte¹⁾. Allerdings macht allein die Tatsache, daß der Käufer mehrere Unternehmen erwirbt und mit den jeweiligen Veräußerern Wettbewerbsverbote abschließt, die einzelne Vereinbarung aus dem genannten Grunde noch nicht unwirksam. Vielmehr muß sich aus den gesamten Umständen die erkennbare Absicht des Erwerbers ergeben, mit Hilfe dieser Käufe den Wettbewerb beendenden und eine Monopolstellung bilden zu wollen²⁾.

In einem solchen Falle soll das Wettbewerbsverbot nicht lediglich den Schutz veräußerten "goodwill's" bewirken, - nur dann wäre es "reasonable" - sondern mit der Vereinbarung soll der Wettbewerb schlechthin ausgeschaltet werden. Die Verhinderung und Beseitigung von Wettbewerb als Hauptziel einer Vereinbarung widerspricht jedoch dem "freedom of trade"-Grundsatz des common law und damit dem öffentlichen Interesse.

Oben wurde bereits die Tendenz der amerikanischen Rechtsprechung angedeutet, bei der Beurteilung von Wettbewerbsverboten schädliche Auswirkungen auf die am Wettbewerb interessierte Allgemeinheit eher zu registrieren als die mehr auf die beteiligten Individualinteressen abstellenden englischen Richter³⁾. Die zusätzliche Betonung des subjektiven Kriteriums der Monopolisierungsbestrebung als Unwirk-

1) Restatement, Contracts, § 515 (c); Corbin, a.a.O., § 1378; Schwartz, Free Enterprise and Economic Organisation, 1952, S.36; 36 Am.Jur. 541 mit Entscheidungsnachweisen

2) Schwartz, a.a.O., S.36

3) S.o. S. 40

samkeitsgrund für ein Wettbewerbsverbot bei der Veräußerung von Unternehmen ist ein konkreter Ausdruck dieser Neigung.

V. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der "reasonableness"

Bei der Frage danach, ob es für die "reasonableness" des Wettbewerbsverbotes auf den Zeitpunkt der Vereinbarung oder aber den Zeitpunkt der Wirksamkeitsprüfung durch das Gericht ankommt, hat die Rechtsprechung allein auf den zuerst genannten Zeitpunkt abgestellt. Diese Regel läßt sich insbesondere dem Falle *Elves v. Crofts*¹⁾ entnehmen. Das hier vereinbarte Wettbewerbsverbot anläßlich der Veräußerung einer Metzgerei verbot dem Verkäufer die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes im Umkreis von 5 Meilen vom veräußerten Ladenlokal. Bevor das Gericht zur Prüfung der Wirksamkeit dieser Vereinbarung Gelegenheit bekam, hatte der Käufer den Metzgereibetrieb eingestellt. Das Geschäft war auch von niemandem übernommen worden. Das Gericht hielt die Abrede für "reasonable" und wirksam. Dabei stellte es auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung ab und sah auch in der später eingetretenen Geschäftsaufgabe keinen Grund, die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes infrage zu stellen.

Ist demnach ein Konkurrenzverbot im Zeitpunkt seiner Vereinbarung nach den dann gegebenen Umständen "reasonable", so hat ein später eintretender Wandel dieser Umstände nicht zur Folge, daß es nun dadurch "unreasonable" wird. Dieser Auffassung ist seither auch in neueren Entscheidungen gefolgt worden²⁾. Sie entspricht auch dem Inhalt des Nordenfelt-Tests. Soll das

- 1) (1850), 10.C.B.241; so auch die Rechtsprechung in den U.S.A., vgl. Levin, a.a.O., S.511
- 2) *Townsend v. Jarman* (1900) 2 Ch. 698,703: "... ex post facto occurrences do not necessarily invalidate a covenant good in its inception." Vgl. auch *Dowden & Pook v. Pook* (1904) 1 K.B. 45

wirksame Wettbewerbsverbot das veräußerte Unternehmen in angemessener Weise vor der Wettbewerbstätigkeit des bisherigen Eigentümers schützen, so entfällt das Schutzbedürfnis nicht schon dann, wenn der Erwerber einmal seine Geschäftstätigkeit innerhalb der als angemessen erkannten Geltungsdauer aufgibt. Während dieses Zeitraums besteht ja immer noch die Möglichkeit, daß er das erworbene Geschäft weiterüberträgt oder es selbst später wieder fortführt. Der Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger dürfen dann aber nicht wieder plötzlich dem Wettbewerb des ursprünglichen Verkäufers ausgesetzt sein, für dessen Verzicht während der Geltungsdauer des Wettbewerbsverbotes ihm bei der Übertragung des "goodwill" ja auch eine Gegenleistung zugeflossen war¹⁾.

VI. "Reasonableness" im Prozeß

1. "onus of proof"

Im Anschluß an den Nordenfelt-Fall haben eine Reihe von Entscheidungen zu der Frage Stellung genommen, welche Partei im Prozeß die "reasonableness" eines Wettbewerbsverbotes zu beweisen hat²⁾. Besonders eine Stellungnahme des House of Lords in *Morris v. Saxelby*³⁾ hat die Rechtslage in diesem Punkt geklärt. Nach der Auffassung von Lord Atkinson, die später nie wieder angegriffen wurde, ist diejenige Partei, die sich auf die Wirksamkeit und "reasonableness" eines Wettbewerbsverbotes beruft, auch für solche Tatsachen beweispflichtig, aus denen sich ergibt, daß die Vereinbarung im Interesse beider Parteien "reasonable" ist. Die sich der Wirksamkeit widerset-

1) Vgl. auch *Gare, a.a.O.*, S.28

2) *Mason v. Provident Clothing and Supply Co., Ltd.* (1913) A.C. 724,733; *Att.-Gen. of Commonwealth of Australia v. The Adelaide Steamship Co., Ltd.* (1913) A.C.781,796. f.; *Attwood v. Lamont* (1920) 3 K.B. 571,587; *Routh v. Jones* (1947) 1 All E.R. 758, 763

3) (1916) 1 A.C. 688,700

zende Gegenpartei kann aber dann den weiteren Nachweis führen, daß das Wettbewerbsverbot, obwohl es den Interessen der Parteien entspreche und insoweit seine "reasonableness" nicht infrage gestellt werden könne, dennoch unwirksam sei, weil dadurch das öffentliche Interesse (public interest) verletzt werde.

Wenn also im Normalfall der Erwerber eines Geschäftes als der aus dem Wettbewerbsverbot Berechtigte die Vereinbarung gerichtlich durchsetzen will, so hat er zu beweisen, daß die dem Veräußerer auferlegte Bindung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht weitergeht, als zum angemessenen Schutz des veräußerten Unternehmens notwendig war¹⁾. Gelingt ihm dieser Nachweis, so kann sich demgegenüber der Verpflichtete damit verteidigen, daß das Wettbewerbsverbot dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufe und es damit zu Fall bringen, obwohl ihm das besonders bei Wettbewerbsverboten im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen nicht leicht - der praktischen Bedeutungslosigkeit eines Verstoßes gegen "public interest" wegen²⁾ - gelingen wird³⁾.

Diese Regelung des "onus of proof", der Behauptungs- und Beweislast, ist eine unmittelbare Folge der dem Nordenfelt-Test zu entnehmenden "prima facie"-Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes⁴⁾, die zunächst von der Partei, die sich auf die Wirksamkeit der Vereinbarung berufen will, mit dem Nachweis ihrer "reasonableness" beseitigt werden muß. Für diesbezügliche tatsächliche Behauptungen ist diese Partei nach den allgemeinen Beweisregeln aber auch beweispflichtig⁵⁾.

1) Attwood v. Lamont, (1920) 3. K.B. 587

2) S.o. S. 80

3) Connors Bros., Ltd. v. Connors, (1940) 4 All E.R. 179, 195

4) S.o. S. 46

5) James, a.a.O., S.75

2. "Reasonableness" als Rechtsfrage

"Reasonableness" kann jedoch nicht unmittelbar bewiesen werden. Die Prüfung des Wettbewerbsverbotes auf seine "reasonableness" hin ist nicht Tat-, sondern Rechtsfrage¹⁾. So wurde im Falle Sir W. Leng & Co., Ltd. v. Andrews²⁾ der von den Klägern angetretene Beweis, daß sie das mit dem Beklagten vereinbarte Wettbewerbsverbot zu ihrem Schutze benötigten, als unzulässig abgelehnt. Lord Justice Farwell entschied zu diesem Punkt: "Admissible evidence is evidence of facts from which the judge could draw the conclusion whether the clause is reasonably necessary or not; evidence that the plaintiffs or any other person think it reasonably necessary is not admissible."³⁾

Danach kann hinsichtlich solcher Tatsachen der Beweis zulässigerweise angetreten werden, auf deren Grundlage der Richter über "reasonableness" eines Wettbewerbsverbotes als Rechtsfrage zu entscheiden vermag, weil sie Hinweise für die im einzelnen Fall erforderlichen richterlichen Überlegungen geben. Dazu gehören insbesondere Größe und Art des veräußerten Geschäftes⁴⁾. Ein genauer Nachweis, daß im Geltungsbereich des Wettbewerbsverbotes auch tatsächlich überall eine Geschäftstätigkeit stattgefunden hat, ist hier nicht erforderlich. Es genügt darzutun, daß nach aller Wahrscheinlichkeit (in all probability) in einem bestimmten Gebiet eine Wettbewerbstätigkeit des Veräußerers das übertragene Unternehmen gefährden könnte⁵⁾.

-
- 1) Haynes v. Doman, (1899) 2 Ch.13,24; Dowden & Pook v. Pook (1904) 1 K.B. 45,50; Mason v. Provident Clothing & Supply Co., Ltd., (1913) A.C. 724,732
 - 2) (1909) 1 Ch. 763
 - 3) a.a.O., S.772
 - 4) Mason v. Provident Clothing & Supply Co., Ltd., a.a.O., S.732
 - 5) Connors Bros., Ltd. v. Connors (1940) 4 All E.R. 179,194

Außerdem kann bezüglich bestimmter Geschäfts- und Handelsbräuche oder auch im Hinblick auf besondere, einen erhöhten Schutz des Erwerbers verlangende Einzelverhältnisse Beweis angetreten werden¹⁾. Auch andere Konkurrenten, die mit der Branche der Parteien besonders vertraut sein mögen, wird der Richter hören, so lange sie über die besonderen Umstände in dem bestimmten Geschäftszweig sachverständig berichten, nicht aber dann, wenn sie dem Gericht lediglich ihre Auffassung darüber vortragen, ob das streitige Wettbewerbsverbot "reasonable" ist oder nicht²⁾. Besteht das Gericht aus Richter und "jury", so hat letztere die genannten Tatsachen festzustellen und damit dem Richter die Rechtsentscheidung zu ermöglichen³⁾.

§ 7 : Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen

I. "Consideration"

1. Problem der "adequacy"

Nach den allgemeinen Grundprinzipien des anglo-amerikanischen Vertragsrechtes ist zur Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung, also auch des Wettbewerbsverbotes, weiterhin "consideration" erforderlich⁴⁾. Eine wichtige "consideration"-Regel bestimmt, daß Leistung und Gegenleistung nicht in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen müssen, damit

1) Haynes v. Doman, a.a.O., S.24

2) Haynes v. Doman, a.a.O., S.24

3) Das Verhältnis zwischen "judge" und "jury", die im Zivilstreit grundsätzlich allein über Tatsachen zu befinden hat, beschreibt Lord Justice Vaughan-Williams in Lamson Pneumatic Tube Co. v. Phillips (1904), 91 L.T. 363,368 sehr treffend: "As to the facts, if there is a judge and jury, the judge will have to get these facts found by the jury, and then when those facts have been ascertained, he will have to look at the contract and to take into consideration the circumstances under which it was entered into as found by the jury, and then say whether it is reasonable."

4) S. 2 S. 13 ff.

ein Vertrag rechtswirksam zustande kommt¹⁾. So wird das Gericht auch bei dem Wettbewerbsverbot, das anläßlich einer Unternehmensveräußerung vereinbart wurde, sich bei der Prüfung seiner Vertragsqualität nicht mit der Frage befassen, ob der dem Verkäufer zugewendete Kaufpreis einen angemessenen Gegenwert für das ihm auferlegte Wettbewerbsverbot darstellt. Dieser Grundsatz der "consideration"-Lehre ist für den "restraint of trade"-Bereich erstmalig in *Hitchcock v. Coker*²⁾ ausgesprochen worden. Hier rückte die Exchequer Chamber von früheren, eine angemessene (adequate) "consideration" fordernden Auffassungen ab und entschied, daß eine Gegenleistung von gewissem Wert (valuable consideration), die aber nicht lediglich fingiert sein dürfe, ausreichend sei. Zur Begründung wurde angeführt, daß es den Parteien selbst überlassen bleiben müsse, ihren Vertrag zu machen und daß das Gericht überdies nie werde genau entscheiden können, ob im Einzelfall wirklich eine angemessene Gegenleistung gegeben worden sei. Die spätere Rechtsprechung zu "contracts in restraint of trade" ist dieser Entscheidung stets gefolgt³⁾.

2. "Consideration" und "reasonableness"

Der Grundsatz "consideration need not be adequate" ist Bestandteil der unabhängig von einem bestimmten Vertragsinhalt geltenden "consideration"-Lehre⁴⁾. Die herrschende Meinung vertritt die Ansicht, daß "consideration" auch bei der Beurteilung von Wettbewerbsverboten keine weitergehende Bedeutung habe als bei anderen vertraglichen Vereinbarungen, nämlich allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung für form-

1) Sanderson, a.a.O., S.27

2) (1837) 6 Ad. & E. 438

3) Vgl. *Tallis v. Tallis* (1853) 1 El. & Bl. 391; *Attwood v. Lamont*, (1920) 3 K.B. 571, 589; für die U.S.A.-Rechtsprechung vgl. 36 Am.Jur. 536; Levin, a.a.O., S.506

4) Marbach, a.a.O., S.28; zuletzt Zweigert, JZ 64,351

lose Verträge zu sein¹⁾. Als solche ist "consideration" neben der "reasonableness" selbständig zu prüfen.

Demgegenüber ist Gare²⁾ der Auffassung, daß im "restraint of trade"-Bereich bei der Frage nach der Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten "consideration", die gezahlte Gegenleistung, lediglich einer der Faktoren sei, die über die "reasonableness" der Vereinbarung zu entscheiden hätten³⁾. Ein sehr geringer Kaufpreis wäre danach ein starkes Indiz für die "unreasonableness" des Wettbewerbsverbotes bei der Geschäftsveräußerung. Seine Ansicht findet zwar in Mitchel v. Reynolds⁴⁾ eine Stütze, wenn Chief Justice Parker ausführt: "... Whereever a sufficient consideration appears to make it a proper and a useful contract, ... it ought to be maintained."⁵⁾ Diese ursprüngliche Rechtsauffassung, die aus der Höhe der "consideration" auf die "reasonableness" der Vereinbarung schließen wollte, ist aber in dem bereits erwähnten Fall Hitchcock v. Coker⁶⁾ dauerhaft aufgegeben worden.

Seit dieser Entscheidung steht unzweifelhaft "consideration" als allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzung selbständig neben dem "test of reasonableness" als besonderer Wirksamkeitsvoraussetzung. Daher kann Gare nicht zugestimmt werden, wenn er "consideration" auch trotz Hitchcock v. Coker ausschließlich als Faktor zur Bestimmung der "reasonableness" auffassen will. Ein zutreffender Kern seiner Ansicht liegt aber darin, daß bei "contracts im restraint of trade" die Höhe der Gegenleistung gleichwohl auch auf die "reasonableness" einwirken kann. Im Norden-

1) Matthews-Adler, The Law Relating to Covenants in Restraint of Trade, 1907, S.67; 36 Am.Jur. 536

2) a.a.O., S.46 ff.

3) a.a.O., S.50

4) (1711) 1 P. Wms. 181

5) a.a.O., S.182

6) S.o. S. 88

felt-Fall sagt Lord Macnaghten: "... The quantum of consideration may enter into the question of the reasonableness of the contract"¹⁾. Darin liegt keine Rückkehr zu einer in jedem Falle zu prüfenden Angemessenheit der "consideration"²⁾, sondern es wird die Möglichkeit eröffnet, daß bei der Frage nach der Angemessenheit der gegenständlichen, räumlichen und zeitlichen Begrenzung eines Wettbewerbsverbotes im Einzelfall auch die dem Verpflichteten zugeflossene Gegenleistung berücksichtigt werden kann, weil die Entscheidung nur unter Berücksichtigung aller Umstände zu treffen ist. Nur in diesem Rahmen hat "consideration" im "restraint of trade"-Bereich eine besondere Bedeutung. Sie wird dadurch unterstrichen, daß auch bei "contracts under seal" - und nicht nur bei "simple contracts" eine "valuable consideration" erforderlich ist³⁾, um das Wettbewerbsverbot als "reasonable" beurteilen zu können.

II. Hinreichende Bestimmtheit

Die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes kann daran scheitern, daß die Parteien den Inhalt ihrer Vereinbarung nicht hinreichend bestimmt haben und auch eine Auslegung nicht zur Ermittlung des Parteiwillens führt. So hatten z.B. im Falle Davies v. Davies⁴⁾ die Parteien den räumlichen Geltungsbereich und die Geltungsdauer des vereinbarten Wettbewerbsverbotes gar nicht erst selbst festgelegt, sondern einen Konkurrenzverzicht verabredet "so far as the law allows". Das Gericht entschied, ein so formuliertes Wettbewerbsverbot sei zu unbestimmt und daher unwirksam. Es begründete seine Auffassung in erster

1) (1894) A.C. 535,565

2) Vor dieser Auslegung warnt insbesondere Lord Justice Younger in Attwood v. Lamont, (1920) 3. K.B. 571,589

3) Mallan v. May (1843) 11 M. & W. 653; Gravely v. Barnard (1874) L.R. 18 Eq. 518

4) (1887) 36 Ch.D. 359

Linie damit, daß die Parteien schon selbst auf eigene Gefahr die Grenzen bestimmen müßten, innerhalb deren sie die Geltung des Wettbewerbsverbotes wünschten. Das Gericht könne sich nur darauf beschränken, diese Grenzen anzuerkennen oder sie als unangemessen abzulehnen¹⁾. Nach Ansicht der Richter folge die Unwirksamkeit auch daraus, daß bei einer so unbestimmten Abrede die gerichtliche Durchsetzung ausgeschlossen sei.

In *Mills v. Dunham*²⁾ findet sich weiterhin ein Rechtsgrundsatz für solche Fälle, bei denen der Wortlaut eines Wettbewerbsverbotes zwar nicht unbestimmt, aber doch mehrdeutig ist. Danach gilt die Regel "ut res magis valeat"³⁾. Sie besagt, daß bei mehrfachen Auslegungsmöglichkeiten derjenigen Bedeutung der Vorzug zu geben ist, die das Wettbewerbsverbot als wirksam bestehen läßt und nicht derjenigen, die zu seiner Unwirksamkeit führen würde.

Die Auslegung des vertraglichen Wettbewerbsverbotes darf sich nicht nur auf den Inhalt dieser Abrede beschränken, sondern sie hat unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu erfolgen⁴⁾. So wird das Gericht sich nicht an die wörtliche Bedeutung der verwendeten Ausdrücke klammern oder weite Begriffe einengend auslegen, wenn sich die Notwendigkeit dazu aus den gesamten Vereinbarungen, dem mit dem Wettbewerbsverbot erkennbar verfolgten Zweck oder weiteren Besonderheiten des Einzelfalles ergibt. In *Rousillon v. Rousillon*⁵⁾ wurde z.B. der in der Vereinbarung verwendete Ausdruck "the champagne trade" auf Grund der besonderen Verhältnisse in diesem Falle nur als Ein- und Ausfuhr von Weinen aus der Champagne aus-

1) a.a.O., S.387

2) (1891) 1 Ch. 576,590

3) *Hedges*, a.a.O., S.87

4) *Dubowski v. Goldstein* (1896) 1 Q.B. 478,481

5) (1880) 14 Ch.D. 351

gelegt. Nach Auffassung des Gerichtes war die Herstellung solchen Weines damit nicht gemeint. In Hood & Moore's Stores, Ltd. v. Jones¹⁾ wurde ferner ein dem Verpflichteten auferlegtes Verbot, "into business" zu gehen, dahin einschränkend ausgelegt, daß damit nach dem Willen der Parteien nur eine Geschäftstätigkeit in der Branche des durch die Vereinbarung Begünstigten verhindert werden sollte.

III. Form

Eine bestimmte Form ist für das Wettbewerbsverbot grundsätzlich nicht vorgeschrieben. Es kann daher mündlich vereinbart werden. Eine Ausnahme konnte sich bis zum Jahre 1954 allerdings aus sec. 4 des Statute of Frauds²⁾ ergeben. Nach dieser Vorschrift war für einen Vertrag Schriftform u.a. dann erforderlich, wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach dem Datum seines Abschlusses durchgeführt werden sollte. In England hat der Law Reform (Enforcement of Contracts) Act, 1954³⁾ jedoch sec. 4 des Statute of Frauds insoweit aufgehoben⁴⁾, so daß der Grundsatz der Formfreiheit auch für länger als 1 Jahr geltende Wettbewerbsverbote durch das Statute of Frauds nicht weiter berührt wird⁵⁾.

Wird aber, was in der Praxis häufig vorkommen mag, das Wettbewerbsverbot unmittelbar als Bestandteil des Kaufvertrages und nicht als selbständige Abrede gleichzeitig mit der Veräußerung des Geschäftes vereinbart, so können für diesen Vertrag noch besondere Formvorschriften infrage kommen⁶⁾. Die

1) (1899) 81 L.T. 169

2) 1677 (29 Car.2, c.3); auch in den U.S.A. haben die Vorschriften dieses Gesetzes Geltung erlangt, vgl. Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.157

3) 2 & 3 Eliz. 2, c.34

4) Vgl. Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.159

5) Kuttler, a.a.O., S.78, ist insoweit überholt.

6) Moller, a.a.O., S.15

auch auf das Statute of Frauds zurückgehende Bestimmung sec. 4 des Sale of Goods Act, 1893¹⁾, wonach Kaufverträge im Werte von 10 Pfund Sterling aufwärts der Schriftlichkeit bedurften, ist in dem Law Reform (Enforcement of Contracts) Act aber gleichfalls aufgehoben worden²⁾. Ist mit der Geschäftsveräußerung die Übertragung von Grundstücken verbunden, so kommt sec. 40 (I) Law of Property Act, 1925³⁾ in Betracht. Danach ist für den Grundstückskaufvertrag die Schriftform zwingend vorgeschrieben⁴⁾.

3. Kapitel: Wettbewerbsverbot und Wettbewerbsgesetzgebung

Wenn auch Wettbewerbsverbote bei Unternehmensveräußerungen mit zu den Hauptanwendungsfällen der "restraint of trade"-Grundsätze des common law gehören, so ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen, daß auch die Wettbewerbsgesetzgebung Englands und der USA möglicherweise die Wirksamkeit solcher Abreden beeinflußt. Die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes berührt als eine vertragliche Beschränkung der gewerblichen Betätigung auch die Wettbewerbsfreiheit, die beide Länder in unterschiedlichem Umfang und auf verschiedenen Wegen mit gesetzlichen Regelungen, die das common law in diesem Bereich ergänzt und auch abgeändert haben, zu erhalten und zu sichern suchten.

1) 56 & 57 Vict., c.71

2) Bei der Rechtsprechung der Staaten der U.S.A. ist die Neigung festzustellen, entgegen dem Statute of Frauds Wettbewerbsverbote gleichfalls formlos gelten zu lassen. (Vgl. Levin, Non-Competition Covenants in New England, Part II, 40 Bo.U.L.Rev. 210, 237 f.)

3) 15 & 16 Geo.5, c.20

4) Diese Schriftform bezieht sich allein auf den Kaufvertrag; die Übertragung des Eigentums wird auch im englischen Recht davon unterschieden und ist an weitere besondere Formvorschriften gebunden. Vgl. Light, a.a.O., S.262

§ 8 : Großbritannien

Nach dem englischen "Restrictive Trade Practices Act"¹⁾ aus dem Jahre 1956 unterliegen bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen einem Registrierungszwang. Die dafür eigens geschaffene Behörde, der "Registrar", hat die Pflicht, die registrierten Wettbewerbsbeschränkungen dem "Restrictive Practices Court" vorzulegen und auf ihre Wirksamkeit hin beurteilen zu lassen²⁾. Für die Zwecke dieses gerichtlichen Verfahrens wird zunächst vermutet, daß die Wettbewerbsbeschränkung gegen "public interest" verstößt³⁾. Eine endgültige Unwirksamkeitserklärung kann dadurch verhindert werden, daß das Gericht vom Vorliegen eines von insgesamt sieben im Gesetz genannten⁴⁾ Rechtfertigungsgrundes und weiterhin davon überzeugt ist, daß die Wettbewerbsbeschränkung auch bei einer Abwägung dieses Rechtfertigungsgrundes mit dem durch die Vereinbarung zu erwartenden Schaden für die Allgemeinheit nicht unangemessen ist.

Die registrierpflichtigen Abreden sind in sec.6 des Gesetzes einzeln aufgeführt. Es handelt sich dabei um eine abschließende Aufzählung 5 verschiedener Arten von - in der Terminologie des deutschen Wettbewerbsrechtes ausgedrückt - Kartellverträgen, deren wichtigste Preis- und Konditionenkartelle sind. Diese erschöpfende Aufzählung der für eine Anwendung des Restrictive Trade Practices Act infragekommenden Wettbewerbsbeschränkungen schließt es aus, daß auch das Wettbewerbsverbot des Unternehmensveräußerers vom Geltungsbereich dieses Gesetzes miterfaßt wird⁵⁾.

1) 4 & 5 Eliz. 2, c.68

2) Lever, The Law of Restrictive Practices and Resale Price Maintenance, 1964, S.3 unter Hinweis auf sec.1 des Restrictive Trade Practices Act

3) sec.21

4) sec.21(1)

5) Ein weiteres Wettbewerbsgesetz aus neuester Zeit, der "Resale Prices Act 1964" (c.58) befaßt sich nur mit Verträgen über Preisbindungen.

§ 9 : U.S.A.

I. Der Sherman Act

Nach dem für die Entwicklung der amerikanischen Antitrustgesetzgebung auf Bundesebene grundlegenden Sherman Act, 1890, ist rechtswidrig und unter Strafandrohung verboten: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States¹⁾).

Der umfassende Wortlaut dieser Vorschrift macht keinen Unterschied zwischen Wettbewerbsbeschränkungen, die einem einzelnen mit seiner Zustimmung auferlegt werden und solchen, die als Kollektivvereinbarung gegenüber vielen wirksam sind. Er stellt auch weiterhin nicht darauf ab, ob die Wettbewerbsbeschränkung alleiniger Vertragszweck war oder ob sie nur als Nebenabrede im Zusammenhang mit einem wettbewerbsneutralen Hauptvertrag abgeschlossen worden ist. Danach würde auch ein Wettbewerbsverbot, dessen Geltungsbereich nicht nur auf einem einzelnen Bundesstaat beschränkt ist, dem Verbot von sec. 1 des Sherman Act unterfallen.

II. Verhältnis des common law zum Sherman Act

Die Rechtsprechung zum Sherman Act hat jedoch diese weite Fassung des Gesetzeswortlautes einschränkend ausgelegt. Die Maßstäbe dazu glaubten die Gerichte aus dem "restraint of trade"-Bereich des common law mit der Begründung übernehmen zu können, daß mit dem Erlaß des Sherman Act nichts weiter als die Kodifikation der bestehenden common law-Rechtsprechung bezweckt werden sollte²⁾. So lag es nahe, den im common law ausgebildeten "test of reasonableness" auch unter dem Sherman Act darüber entscheiden zu lassen, welche Vereinbarungen als "unreasonable restraints" durch das gesetz-

1) Vgl. sec. 1 Sherman Act

2) Chief Justice White in Standard Oil of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1, 59(1911)

liche Verbot unterbunden und welche durch das Gesetz nicht berührt werden sollten, weil sie als "reasonable" angesehen worden waren.

III. Problematik der Übernahme von "reasonableness" ins Gesetzesrecht

Der Rückgriff auf die "reasonableness" des common law zum Zwecke der Interpretation des Sherman-Gesetzesrechtes war jedoch aus zweifachem Grunde nicht unproblematisch¹⁾. Einmal unterschied sich die rechtspolitische Grundlage der common law-Regelung durchaus von derjenigen des Sherman Act²⁾. Die schon auf Mitchel v. Reynolds³⁾ zurückgehende Beurteilung von "restraints of trade" nach ihrer "reasonableness" war im wesentlichen an Wettbewerbsverboten ausgebildet worden. Der Ruf nach "freedom of trade" hatte vordringlich den Schutz eines einzelnen und auch der Allgemeinheit vor zu weitgehender vertraglicher Aufgabe seiner gewerblichen oder beruflichen Betätigung zum Ziele. Demgegenüber war mit dem Sherman Act angesichts der gewaltig wachsenden Industrialisierung in den U.S.A. in erster Linie die Aufrechterhaltung des Wettbewerbes und der Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Institution beabsichtigt⁴⁾.

Der zweite Grund besteht darin, daß es in den U.S.A., wie bereits oben erwähnt⁵⁾, kein einheitliches "restraint of trade"-Recht gab, dessen Regeln einfach hätten in den Sherman-Act übernommen werden können. So nennt Handler⁶⁾ insgesamt drei verschiedene Rich-

1) Auf das Problem weisen ebenfalls hin Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S.40

2) Levin, a.a.O., S.488

3) (1711) 1 P.Wms. 181

4) Bork, The Rule of Reason, 74 Yale L.Jour. 775,783 (1965)

5) S.o. S. 9 ff.

6) in A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws, TNEC Monograph No.38 (zitiert nach Oppenheim, a.a.O., S.12)

tungen, in die sich die common law-Rechtsprechung zu "restraint of trade", ausgehend von den jeweils zu beurteilenden Fallgruppen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, entwickelt hatte. Darüber hinaus waren die einzelnen Entscheidungen oft noch unklar und von Staat zu Staat verschieden¹⁾.

Die Vielfalt der Auffassungen über das common law hatte auch unterschiedliche Versuche darüber zur Folge, wie sec. 1 des Sherman Act mit Hilfe einer aus diesem common law übernommenen "rule of reason" einengend auszulegen sei. Der verschiedene rechtspolitische Hintergrund von common law und Gesetzesrecht bewirkte weiterhin, daß die "rule of reason" im Rahmen des Sherman Act nicht nur technischer Auslegungsmaßstab für einen zu weit gefaßten Gesetzeswortlaut blieb, sondern selbst zu einer eigenständigen Grundlage der rechtlichen Wertung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen dieses Gesetzes wurde²⁾. Die Rechtsprechung zum Sherman Act füllte den als Auslegungsregel aus dem common law übernommenen "test of reasonableness" mit einem den rechtspolitischen Zielen des Gesetzes entsprechenden Inhalt neu aus³⁾ und machte ihn hier zur "rule of reason"⁴⁾.

1) Bork, a.a.O., S.783

2) Vgl. auch Mestmäcker, Verbandsstatistiken als Mittel zur Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und Deutschland (Ungedr.Diss. Frankfurt 1952), S.33

3) Bork, Ancillary Restraints and the Sherman Act, 15 Am.Bar Ass., Antitrust Sect. Rep. (1959), S.216; vgl. auch Steindorff, a.a.O., S.37

4) Zur Bedeutung der Rule of Reason vgl. im einzelnen Bork, The Rule of Reason, a.a.O., S.775 ff.; Neale, The Antitrust Laws of the United States of America, S.13 ff.; Curti, Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, S.42 ff.; Lieberknecht, Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, S.91 ff.

IV. Sherman Act und Wettbewerbsverbot

Alle Auffassungen, die sich mit der Eingrenzung des grundsätzlichen gesetzlichen Verbotes der Wettbewerbsbeschränkungen befaßt haben, sind sich aber im Ergebnis darin einig, daß auch unter der Herrschaft der Antitrustgesetze für Wettbewerbsverbote ihre "reasonableness" weiterhin als alleinige Grundlage der rechtlichen Beurteilung gilt, wie es auch schon nach common law der Fall war.¹⁾

So grenzt Judge Taft²⁾ mit der Einführung seiner Unterscheidung von "ancillary restraints" und "non-ancillary restraints"³⁾ den Bereich der zulässigen von dem der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Sherman Act ab. Bei den von ihm genannten Fällen solcher Wettbewerbsbeschränkungen, die einem rechtsgültigen Hauptzweck untergeordnet sind, findet sich auch ausdrücklich ein "agreement by the seller of property or business not to compete with the buyer in such a way as to derogate from the value of the property or business sold"⁴⁾. Solchen Vereinbarungen wollte Taft die schon unter common law begründete Wirksamkeit nicht nehmen.

Chief Justice White ging in den für die Entwicklung der "rule of reason" grundlegenden Entscheidungen Standard Oil⁵⁾ und American Tobacco⁶⁾ ebenfalls

- 1) Williston & Thompson, a.a.O., § 1658: "...the test of legality at common law and under the Sherman Act is the same." Vgl. auch Bork, Ancillary Restraints..., a.a.O., S.214; 36 Am.Jur. 539
- 2) in U.S. v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F.271(1898)
- 3) S.o. S. 10
- 4) a.a.O., S.281; so auch Justice Peckham in U.S. v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S.290(1897): "A contract (by the vendor of business property not to enter into the same kind of business for a certain time or within a certain territory) which is the mere accomplishment of the sale of property ...might not be included within the letter or spirit of the statute in question." (zit. nach Bork, The Rule of Reason, a.a.O., S.789)
- 5) 221 U.S. 1 (1911)
- 6) 221 U.S. 106 (1911)

davon aus, daß die Begriffe des Sherman Act im Lichte der vorhandenen common law-Konzeption des "restraint of trade"-Bereiches verstanden werden mußten¹⁾. Nach seiner Auffassung über das common law umfaßte die Bezeichnung "restraint of trade" nur solche Verträge oder sonstigen Abmachungen, durch die - entweder wegen ihrer besonderen Art oder Wirkung oder des mit ihnen verfolgten Zweckes - Handel und Gewerbe in schädlicher Weise beschränkt wurden²⁾. In den Grenzen, in denen das common law Wettbewerbsverbote als "reasonable" und wirksam anerkannt hatte, müssen sie aber dann auch nach dieser Meinung unter der Herrschaft des Sherman Act weiterhin gültig bleiben. Dafür spricht besonders die folgende Äußerung White's: "The statute did not forbid or restraint the power to make normal and usual contracts to further trade by resorting to all normal methods, whether by agreement or otherwise..."³⁾.

Die Verschiedenartigkeit der Wege, auf denen Taft und White zu dem gleichen Ergebnis der Wirksamkeit von "reasonable restraints" auch unter Antitrustrecht gelangen, wird durch ihre unterschiedlichen Auffassungen über das common law bestimmt. Während einerseits Taft im common law die "ancillary"-Unterscheidung zu erkennen glaubt und in der Abhängigkeit der Wettbewerbsbeschränkung von einem rechtsgültig vereinbarten Hauptzweck den Grund für ihre Rechtfertigung sieht, fragt White danach, in welchem Ausmaß eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb beschränkt. Nach seiner Ansicht hat das common law nur "harmful effects of monopoly" bekämpfen wollen und

-
- 1) Dazu vgl. im einzelnen die Darstellung bei Bork, a.a.O., S.801 ff.
 - 2) U.S. v. American Tobacco, a.a.O., S.179 (zit. nach Bork, a.a.O., S.804)
 - 3) U.S. v. American Tobacco, a.a.O., S.179 (zit. nach Bork, a.a.O., S.804)

eine Reihe anderer Wettbewerbsbeschränkungen als unschädlich und daher "reasonable" angesehen. Demzufolge ist White's "rule of reason" nicht auf bestimmte Fallgruppen von "ancillary restraints" beschränkt, sondern koppelt die Frage nach der Wirksamkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ganz allgemein mit der Prüfung ihres Einflusses auf den Wettbewerb.

4. Kapitel : Rechtsfolgen unwirksamer Wettbewerbsverbote

§ 10 : Nichtigkeit eines "unreasonable restraint"

I. Grundsatz

Wettbewerbsverbote, die den "test of reasonableness" nicht bestehen oder bei denen die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen unerfüllt bleiben, sind nichtig (void)¹⁾. Über diese Nichtigkeit wird ausgesagt, daß sie einerseits nicht so strenge Rechtsfolgen auslöst wie bei "illegal contracts", die eine verbotene oder sittenwidrige Handlung zum Inhalt haben²⁾. Andererseits bedeutet sie aber auch nicht nur "unenforceability" im Sinne einer mangelnden Möglichkeit zur gerichtlichen Durchsetzung³⁾. Die genaue Bedeutung dieser Nichtigkeit, ihre Stellung zwischen "illegality" und "unenforceability" ist nur aus jenen Rechtsgrundsätzen zu erschließen, die von den Gerichten für unwirksame "contracts in restraint of trade" entwickelt worden sind.

1) Bennett v. Bennett, (1952) 1 K.B. 249; Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.336; Lloyd, Public Policy, S.100

2) Der Vorwurf moralischer Verwerflichkeit rechtfertigt hier einen strengeren Maßstab im Sinne vollständiger Nichtigkeit. Vgl. Lloyd, Public Policy, S.101

3) Lord Denning in Bennett v. Bennett, a.a.O., S.260

II. Einfluß der Nichtigkeit auf den Veräußerungsvertrag

Diese besondere Bedeutung wird zunächst im Zusammenhang mit der Frage deutlich, welchen Einfluß die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes auf den Bestand des übrigen Vertrages über die Unternehmensveräußerung hat, mit dem zusammen es regelmäßig vereinbart wird. In *Goodinson v. Goodinson*¹⁾ entschied der Court of Appeal, daß die Nichtigkeit eines gegen "public policy" verstoßenden Versprechens nicht auf den gesamten Vertrag übergreife, als dessen Teil die nichtige Abrede getroffen worden sei. Lord Justice Somervell²⁾ unterschied in seiner Begründung unter Berufung auf *Bennett v. Bennett*³⁾ zwei verschiedene Grade von "illegality", aus denen er unterschiedliche Rechtsfolgen ableitete. So mache insbesondere die auf einem Verstoß gegen die guten Sitten beruhende Nichtigkeit einer vertraglichen Einzelabrede grundsätzlich auch den übrigen Vertrag nichtig. Demgegenüber werde bei Abreden, die nicht auf Grund eines Sittenverstosses, sondern aus anderen, mehr die Grundsätze der öffentlichen Ordnung betreffenden "public policy"-Erwägungen nichtig seien, die Wirksamkeit des übrigen Vertrages grundsätzlich nicht berührt. Als Beispiel für die zuletzt genannten Vereinbarungen sind ausdrücklich Wettbewerbsverbote genannt, die im Zusammenhang mit Geschäftsveräußerungen abgeschlossen werden⁴⁾.

Eine nichtige Vereinbarung kann aber dann die Nichtigkeit des Gesamtvertrages auslösen, wenn die "consideration" im wesentlichen nur wegen des nichtigen Versprechens gegeben worden war. Ist die Gegenleistung aber in erster Linie für denjenigen Teil des Ver-

1) 1954) 2 Q.B. 118

2) a.a.O., S.120

3) (1952) 1 K.B. 249

4) a.a.O., S.121

trages erbracht worden, dem die nichtige Einzelabrede lediglich untergeordnet ist, so wird die Wirksamkeit des übrigen Vertrages nicht berührt¹⁾.

Die in *Goodinson v. Goodinson* in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen getroffene Unterscheidung zeigt, daß die Bedeutung der Abstufung der Nichtigkeit von "illegal contracts" und "void contracts" gerade darin liegt, daß mit ihr - wie hier bei der Frage nach dem Einfluß der Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag - unterschiedliche Rechtsfolgen verbunden sind²⁾.

III. Zur Frage der Restgültigkeit des Wettbewerbsverbotes

Die Möglichkeit, das übermäßig weitgehende und daher nichtige Wettbewerbsverbot durch Richterspruch auf ein angemessenes Maß zurückzuführen und es in wirksame und unwirksame Bestandteile zu zerlegen, unterscheidet ebenfalls nichtige (void) "contracts in restraint of trade" von den "illegal contracts". Bei letzteren ist die Anwendung von Rechtsgrundsätzen über die Aufrechterhaltung einer nichtigen vertraglichen Vereinbarung in angemessenen Grenzen ausgeschlossen³⁾. Gerade bei Wettbewerbsverboten haben

1) a.a.O., S.123 f. (Somervell, L.J.) und S.126 (Romer, L.J.)

2) Zur Unterscheidung zwischen "illegal" und "void contracts" vgl. auch Anson-Guest, a.a.O., S.336, die darauf aufmerksam machen, daß die Abgrenzung nicht immer ganz einheitlich und eindeutig ist. Doch wird auch dort zwischen "illegal contracts in a severe sense" mit der Folge vollständiger Nichtigkeit und "merely void contracts" unterschieden, bei denen die Gerichte den Parteien noch Hilfe gewähren, indem sie z.B. einen Rückforderungsanspruch auf die entsprechend dem nichtigen Vertrag erbrachten Leistungen zulassen.

3) Vgl. *Bennett v. Bennett*, (1952) 1 K.B. 249, 253; zur Berücksichtigung der "kind of illegality" in Verbindung mit der Zulässigkeit der Anwendung von "severance"-Grundsätzen in der neueren Rechtsentwicklung vgl. auch Marsh, *Severance and Public Policy-An Addendum*, 69 L.Q.R. 111 sowie Anson-Guest, a.a.O., S.353

die Regeln über "severance" eine solche Bedeutung erlangt, daß eine nähere Darstellung dieser Doktrin erforderlich wird.

§ 11 : Das nichtige Wettbewerbsverbot und die "doctrine of severance"

I. Allgemeine Regel der "severance"

Die allgemeine Regel über die Teilbarkeit einer unwirksamen vertraglichen Vereinbarung zum Zwecke ihrer Aufrechterhaltung in einem wirksamen Umfange ist dem Falle *Pickering v. Ilfracombe Railway Co.*¹⁾ zu entnehmen: "The general rule is that, where you cannot sever the illegal from the legal part of a covenant, the contract is altogether void; but, where you can sever them, whether the illegality be created by statute or by the common law, you may reject the bad part and retain the good."²⁾

Die für das gesamte Vertragsrecht geltende Lehre von der "severability"³⁾ ist insbesondere im Zusammenhang mit "unreasonable contracts in restraint of trade" ausgebildet worden, deren Nichtigkeit die Gerichte durch eine Aufteilung in wirksame und unwirksame Bestandteile zu vermeiden gesucht haben⁴⁾. Entsprechend der besonderen Art eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes kann es grundsätzlich nach mehreren Seiten hin aufgeteilt werden. So wird das Konkurrenzverbot z.B. durch eine Teilung des vereinbarten räumlichen Geltungsbereiches, der beabsichtigten Geltungsdauer oder des dem Konkurrenten verschlossene Geschäftszweiges auf ein angemessenes Maß zurückgeführt werden können⁵⁾.

1) (1868) L.R. 30.P. 235

2) (1868) L.R. 3 C.P. 250

3) Vgl. *Marsh, The Severance of Illegality in Contract*, 64 L.Q.R. 230 ff., 347 ff.

4) *Gare, a.a.O.*, S.66; *Cheshire & Fifoot, a.a.O.*, S.340

5) Vgl. *Hedges, a.a.O.*, S.80.f.; *Gare, a.a.O.*, S.66

II. Voraussetzungen der Teilbarkeit

Nicht jedes Wettbewerbsverbot ist jedoch schon allein bei unangemessener Weite und übermäßiger Dauer teilbar. Die Rechtsprechung hat vielmehr besondere Voraussetzungen entwickelt, von denen sie die Zulassung einer Teilung abhängig macht.

1. Der "blue pencil-test"

Die Gerichte haben "unreasonableness" des Wettbewerbsverbotes demnach nicht als allein ausreichende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundsätze über die Teilbarkeit betrachtet, sondern betont, daß die Parteien bei ihrer Vereinbarung schon selbst die "Saat der Teilbarkeit"¹⁾ in der Weise gesät haben müßten, daß bereits mit einer Auslegung des ursprünglich vereinbarten Wettbewerbsverbotes die Aufgliederung seines Inhaltes in mehrere unterschiedliche und unabhängige Teile erreicht werden könnte. Die Gerichte sind nicht bereit, den Inhalt der Konkurrenzklausel durch eine Teilung so umzuformen, daß dadurch eine neue, wirksame Vereinbarung entsteht, die die Parteien vielleicht gewollt, die sie aber in Wahrheit nicht abgeschlossen haben²⁾. Erst dann, wenn der unwirksame Teil vom Rest der Vereinbarung zumindest seinem wörtlichen Gehalt nach getrennt werden kann, hat das Gericht die Möglichkeit, ihn zu eliminieren und dabei die übrigen Abmachungen der Parteien unangetastet zu lassen. Nur wenn das Gericht mit seinem "blue pencil"³⁾ die unwirksamen Worte oder Teile des Wettbewerbsverbotes durchkreuzen kann, ohne daß davon der Sinnzusammenhang der übrigen wirksamen

1) Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.341

2) Putzman v. Taylor (1927) 1 K.B. 637,639 f.: "... the court will not invent a valid promise by the deletion, alteration, or addition of words, and thus enforce a promise which the promisor might well have made, but did not make." (Salter, J.)

3) Zur "blue pencil-rule" vgl. Anson-Guest, a.a.O., S.356 f.

Teile berührt wird, ist der Inhalt eines "contract in restraint of trade" als teilbar anzusehen¹⁾).

Ein Beispiel für die Anwendung dieses "blue pencil test" ist der Fall *Price v. Green*²⁾. Der Verkäufer eines Parfümeriehandels in London hatte dem Erwerber anlässlich der Veräußerung dieses Geschäftes versprochen, kein ähnliches Unternehmen innerhalb der City of Westminster, der City of London oder innerhalb eines Umkreises von 600 Meilen von diesen Orten zu eröffnen. Soweit sich das Wettbewerbsverbot auf die Cities of Westminster und London bezog, wurde es als wirksam, soweit es sich auf den 600-Meilen-Bereich erstreckte, aber als unwirksam angesehen. Der unwirksame Teil konnte hier weggestrichen werden, ohne daß der Wortlaut oder der wesentliche Gehalt der Vereinbarung darunter hätten leiden müssen.

2. Keine Zerstörung des wesentlichen Charakters der Vereinbarung durch "severance"

In neueren Entscheidungen ist neben dem "blue pencil test", der bei seiner mechanischen Anwendung in erster Linie die formale Aufteilung des Wettbewerbsverbotes nach objektiven Kriterien ermöglicht, weiterhin noch als Voraussetzung für die Zulässigkeit von "severance" betont worden, daß auch nach dem Herausstreichen des unwirksamen Teiles der wesentliche Charakter der ursprünglichen Vereinbarung erhalten bleiben müsse³⁾. Damit soll vor allem eine schematische Anwendung des "blue pencil test" in solchen Fällen verhindert werden, bei denen der In-

-
- 1) Wenn jedoch der Inhalt des Wettbewerbsverbotes nicht tatsächlich, sondern nur gedanklich aufgeteilt werden könnte wie z.B. bei Formulierungen wie "in ganz England" oder "20 Jahre lang", so liegt Unteilbarkeit vor. Hier würde eine Aufteilung durch das Gericht einen neuen, von den Parteien ursprünglich nicht vereinbarten Vertrag ergeben. Vgl. Benjamin, a.a.O., S.521
 - 2) (1847), 16 M. & W. 346 (zit. nach Cheshire & Fifoot, a.a.O., S.341)
 - 3) *Putsman v. Taylor* (1927) 1 K.B. 637, 641

halt des Wettbewerbsverbotes sich zwar in mehrere Teile trennen läßt, wo aber die Eliminierung eines dieser Teile das ursprüngliche Wesen der Vereinbarung zerstören würde. Das Wesen der Vereinbarung ist insbesondere unter Berücksichtigung dessen zu ermitteln, was die Parteien mit der Verabredung des Konkurrenzverbotes wollten. Hier zeigt sich eine stärkere Betonung des subjektiven Kriteriums des Parteiwillens bei der Entscheidung über die teilweise Aufrechterhaltung eines unwirksamen Wettbewerbsverbotes¹⁾. Besonders Lord Sterndale unterstreicht in *Attwood v. Lamont*²⁾ diese Erweiterung des herkömmlichen "blue pencil test": "I think it clear that if the severance of a part of the agreement gives it a meaning and object different in kind and not only in extent, the different parts of it cannot be said to be independent."³⁾

III. Anwendung der "doctrine of severance" in Einzelfällen

1. Goldsoll v. Goldman

In einem Wettbewerbsverbot, das dem bereits oben erwähnten⁴⁾ Falle *Goldsoll v. Goldman*⁵⁾ zugrunde lag, hatte der Beklagte versprochen, zwei Jahre lang keinen Handel mit echtem oder unechtem Schmuck in England oder anderen, im einzelnen aufgezählten Ländern bzw. Städten der Welt zu betreiben. Das Gericht sah diese Vereinbarung auf Grund der tatsächlichen Feststellungen als zu weitgehend und "unreasonable" an, erlaubte aber in zweifacher Hinsicht eine Teilung: Einmal hielt es das Wettbewerbsverbot insoweit aufrecht, als es sich auf Großbritannien und die Insel Man bezog, da der Schutz des veräußerten Unternehmens vor der

1) Vgl. Gooderson, a.a.O., S.424

2) (1920) 3 K.B. 571

3) a.a.O., S.578

4) S.o. S. 70

5) (1915) 1 Ch. 292

Konkurrenztätigkeit des Veräußerers keine weitergehende räumliche Ausdehnung erforderlich machte. Zum anderen begrenzte es den Inhalt der Vereinbarung gegenständlich auf unechten Schmuck, weil der Verkäufer des Geschäftes nur mit solchem, nicht aber auch mit echtem gehandelt hatte. Bei diesem Falle war das Gericht der Auffassung, daß die durch den Wortlaut der Vereinbarung gestattete Teilung auch den Charakter des ursprünglichen Wettbewerbsverbotes nicht verändert habe. Dessen wesentlicher Zweck war es gewesen, das veräußerte Geschäft zwar in einem weiten, aber nicht umfassenden Rahmen vor dem Wettbewerb des früheren Besitzers zu schützen. Durch die teilweise Aufrechterhaltung der Vereinbarung verminderte sich lediglich quantitativ der Umfang des Geltungsbereiches, ohne daß sich dadurch qualitativ etwas an dem von den Zwecken der Parteien bestimmten wesentlichen Charakter geändert hätte.

2. British Reinforced Concrete Engineering Co., Ltd.
v. Schelff

In dem weiteren Falle British Reinforced Concrete Engineering Co., Ltd. v. Schelff¹⁾ hatte der Beklagte versprochen, er wolle nicht "directly or indirectly carry on or be concerned or interested in or act as servant of any person concerned or interested in the business of the manufacture or sale of road reinforcements in any part of the United Kingdom."²⁾ Da diese Vereinbarung weit über den Schutz des veräußerten Geschäftes hinausging, wurde sie als "unreasonable" angesehen³⁾. Darüber hinaus verneinte das Gericht auch die Möglichkeit einer Teilung. Das überrascht zunächst, weil nach der Formulierung zumindest das sehr weitgehende Versprechen "... or act

1) (1921) 2 Ch. 563; s.o. S. 67

2) a.a.O., S. 565

3) S.o. S. 67

as servant of any person concerned or interested in the business..." als gegenständlich abtrennbarer Teil erscheint. Der Grund für die Ablehnung der "severance" besteht aber darin, daß auch in diesem Falle das Gericht über eine formale Anwendung des "blue pencil test" hinausging und besonders danach fragte, ob nicht durch die Teilung der wesentliche Charakter des Wettbewerbsverbotes, wie er von den Parteien gewollt war, zerstört werde. Es glaubte, diese Frage im vorliegenden Falle bejahen zu müssen. Jeder Teil der Vereinbarung sei "merely a part of one entire covenant in mosaic."¹⁾ Sinn dieses umfassenden Wettbewerbsverbotes sei es gewesen, den Verpflichteten ohne Rücksicht auf den Schutz des veräußerten Unternehmens vollständig vom Geschäft mit Straßenbauteilen auszuschalten. Würde in einem solchen Falle das Gericht Teile der Vereinbarung herausstreichen, um sie lediglich in dem durch den Schutz des veräußerten "goodwill" gebotenen Rahmen aufrechtzuerhalten, so machte es damit ein neues Wettbewerbsverbot für die Parteien.

3. Stellungnahme

Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Fälle wird die Fragestellung bei der Anwendung von "severance"-Grundsätzen besonders deutlich: Wann ist der Inhalt des Wettbewerbsverbotes als teilbar zu bezeichnen, ohne daß die Eliminierung von Teilen des Wortlautes der Vereinbarung zu einer Veränderung des wesentlichen Charakters der Abrede führt?²⁾ Gerade

1) a.a.O., S.573 (Younger, L.J.)

2) Auch die Mehrzahl der amerikanischen Entscheidungen folgt diesen Grundsätzen, indem zwar einerseits ebenfalls eine schematische Anwendung des "blue pencil test" abgelehnt, aber andererseits auch daran festgehalten wird, daß das Gericht durch eine Teilung keinen neuen Vertrag für die Parteien schaffen werde. Dafür spricht sich auch das Restatement, Contracts, § 518, aus. Eine Minderheit innerhalb der Rechtsprechung, die auch von Williston-Thompson, a.a.O., § 1660, unterstützt wird, will dagegen auch dann Teilbarkeit

die angeführten Entscheidungen zeigen, daß bei der Ermittlung des wesentlichen Charakters der Vereinbarung besonders auf den Parteiwillen abgestellt wird. Mit dieser stärkeren Berücksichtigung der Parteiabsichten, des mit dem Wettbewerbsverbot verfolgten Zwecks, nähert sich die "doctrine of severance", deren Anwendung traditionell eher durch objektive Kriterien bestimmt war als daß sie auf den Parteiwillen bezogen gewesen wäre¹⁾, in neuerer Zeit der Regelung von Nichtigkeitssfolgen von Verträgen nach kontinentalen Rechtssystemen, die dabei in erster Linie vom Parteiwillen ausgehen²⁾.

Forts.2) (S.108) zulassen, wenn das Wettbewerbsverbot seinem Inhalt nach an sich nicht auftreibbar ist, läßt damit also die "blue pencil"-Lehre fallen. Vgl. dazu Banks, Covenants Not to Compete, 7 Ark.L.R. 35,41 f. (1952); Levin, a.a.O., S.507 ff.

1) Marsh, a.a.O., S.242

2) Vgl. z.B. § 139 BGB

Zweiter Hauptteil: Deutsches Recht

5. Kapitel: Entwicklung der rechtlichen Behandlung von Wettbewerbsverboten

§ 11: Die Auffassungen des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes zu Wettbewerbsver- boten allgemein

I. Das Reichsoberhandelsgericht

Unter dem Eindruck des in zahlreichen Gesetzen¹⁾ der letzten Hälfte des 19. Jahrhunderts niedergelegten Grundsatzes der Gewerbefreiheit beurteilte das ROHG, wie insbesondere Mestmäcker²⁾ zutreffend hervorhebt, vertragliche Wettbewerbsverbote nach zwei Seiten hin. Es prüfte einerseits, ob eine solche Abrede "mit der Gewerbefreiheit in dem Sinne unvereinbar ist, daß sie als dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufend für nichtig erachtet werden müßte³⁾". Der Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses schien dem ROHG besonders dann berührt zu werden, wenn der vertragliche Ausschluß von Konkurrenz zu einer Schädigung des Publikums - etwa durch Entstehung eines tatsächlichen Monopols - führen konnte⁴⁾.

Andererseits fragte es, ebenfalls vom Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgehend, inwieweit der einzelne, durch das Wettbewerbsverbot gebundene Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit und gewerblichen Freiheit betroffen wurde⁵⁾.

1) Wichtigstes Gesetz war die Gewerbeordnung v. 21.6. 1869 (BGBl. des Norddeutschen Bundes S.245), die auf Grund des Art.17 des Gesetzes v. 30.6.1900 (RGBl. S.321) als "Gewerbeordnung für das Deutsche Reich" in der Fassung vom 26.7.1900 (RGBl. S.871) neu bekanntgemacht wurde. Für eine Zusammenstellung weiterer Vorschriften vgl. ROHG 18,107

2) a.a.O., S.141 f.; vgl. auch Wendt, AcP 92,40

3) ROHG 7,419

4) ROHG 7,421 f.

5) ROHG 18,107; Mestmäcker, a.a.O., S.142

Beurteilungsgesichtspunkte für die rechtliche Behandlung von Wettbewerbsverboten waren mithin das Interesse der Allgemeinheit und die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Vertragspartei. Daran anknüpfend hielt das ROHG solche Wettbewerbsverbote für wirksam, die nicht zur Benachteiligung des Publikums vereinbart worden waren, sondern der Sicherung des eigenen Geschäftes gegen Ausbeutung durch dazu vorzugsweise Befähigte (Verkäufer eines Geschäftes, ehemalige Gesellschafter oder Angestellte) dienten¹⁾ und die außerdem die wirtschaftliche Selbständigkeit des Vertragspartners nicht völlig beseitigten, sondern sie nach Zeit²⁾, Ort³⁾ und Geschäftszweig⁴⁾ begrenzt beschränkten.

II. Das Reichsgericht

Das Reichsgericht folgte anfangs dem ROHG und vertrat gleichfalls die Auffassung, daß sich Bedenken gegen die Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten einmal aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der durch die Gewerbeordnung geschützten öffentlichen Interessen, zum anderen wegen der Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der einzelnen Vertragspartei ergeben könnten⁵⁾. Wie schon das ROHG, so hielt auch das RG nicht schon jede Beschränkung der gewerblichen Freiheit für unzulässig⁶⁾.

Unter der Herrschaft des BGB stellte dann das RG jedoch nicht weiter auf die Auswirkungen einer Wettbewerbsvereinbarung für die Allgemeinheit ab und ließ fortan den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses unberücksichtigt. Bereits in RGZ 2,118 hatte

1) ROHG 7, 421

2) ROHG 7, 422

3) ROHG 16, 162

4) ROHG 12, 30

5) RGZ 2, 121; RG JW 97, 292

6) RGZ 1, 23

das RG als Maßstab für die Beurteilung der Bindung des Vertragspartners neben der Berührung öffentlicher Belange die Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes mit den guten Sitten als "wesentlich konkrete Frage"¹⁾ bezeichnet. Nun beurteilte es die Wirksamkeit abschließend danach, ob die Freiheit und wirtschaftliche Selbständigkeit des vertraglich verpflichteten Einzelnen in sittenwidriger Weise beeinträchtigt war (§§ 138, 826 BGB)²⁾. Nach der Auffassung des RG, die für die rechtliche Behandlung von Wettbewerbsverboten maßgebend geblieben ist, enthält jede dieser Absprachen eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, speziell der Gewerbefreiheit des verpflichteten Vertragspartners. Eine solche Beschränkung sieht das RG aber durchaus als zulässig an, wenn sie einerseits einem berechtigten Interesse des durch die Vereinbarung Begünstigten dient und andererseits örtlich, zeitlich und gegenständlich so begrenzt ist, daß sie nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Verpflichteten führt³⁾. Als Beispiele für solche, in der Praxis häufig vorkommenden und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechenden Konkurrenzverbote werden die Verpflichtung des Verkäufers eines Handelsgeschäftes oder die des ausscheidenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, dem Erwerber bzw. der OHG keinen Wettbewerb zu machen, genannt⁴⁾.

Die Bedeutung dieser Rechtsprechung liegt vor allem darin, daß sie Ausgangspunkt für die Beurteilung sämtlicher privater wettbewerbsbeschränkender Verträge war⁵⁾. Die eigentlichen Fallgruppen der Konkurrenzver-

1) RGZ 2, 121

2) RGZ 53, 154; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S.292; Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S.247; Möhring, DB 49,453.

3) RGZ 53, 156

4) RGZ 53, 156

5) Mestmäcker, a.a.O., S.141; der Bedeutung für die Entwicklung des deutschen Kartellrechts im einzelnen nachzugehen, liegt nicht im Rahmen des Themas. Hier mag der Hinweis genügen, daß Mestmäcker (a.a.O., S.145) unter Berufung auf Hedemann (RG und Wirtschaftsrecht, 192 a) die Rechtsprechung zu den Konkurrenzverboten

bote blieben jedoch nicht lange unter ihren Grundsätzen vereint. Die Rechtsprechung mit ihrer nur vorsichtigen und zögernden Annahme eines Sittenverstößes bei übermäßiger Bindung¹⁾ wurde der inzwischen betonten besonderen Schutzbedürftigkeit des wirtschaftlich schwächeren Vertragsteiles bei Arbeits- und Dienstverträgen nicht gerecht. Daher traten die gesetzlichen Sonderregeln für die handelsrechtlichen Konkurrenzverbote in Kraft²⁾. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes blieb jedoch für die gesetzlich nicht geregelten Wettbewerbsverbote, zu denen auch die Verpflichtung des Unternehmensveräußerers zur Konkurrenzenthaltung gehört, weiterhin wichtigster Ausgangspunkt zur Beurteilung ihrer Wirksamkeit auf der Grundlage des § 138 BGB. Ihre auf der Vertragsfreiheit beruhende Anerkennung (§ 305 BGB) wird danach lediglich durch das Erfordernis der Vereinbarkeit mit den guten Sitten begrenzt.

§ 12 : Wettbewerbsverbote und Dekartellierungsgesetze

I. Anwendungsbereich des Dekartellierungsrechtes

Die in solcher Weise vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägte Rechtsprechung wurde nach Inkrafttreten der Dekartellierungsgesetze³⁾ im Jahre 1947 mit einer völlig anderen gesetzgeberischen Auffassung konfrontiert. Vom Ziel der Erhaltung des Wettbewerbs

Ports. 5) (S.112) als "eine gute Vorstufe und wesentliche Erleichterung, um die Kartelle von dem Banne... absoluter Gewerbefreiheit loszusprechen" bezeichnet hat. Sie bewirkte nach seiner Auffassung, daß Deutschland "zum klassischen Land der Kartelle geworden" ist (a.a.O., S.146). Näheres ebenda.

1) Vgl. Fikentscher, a.a.O., S.292

2) Daneben bleibt § 138 BGB allerdings noch weiter anwendbar (vgl. z.B. § 74 a Abs.III HGB)

3) In der amerikanischen Zone Mil.Reg.Gesetz Nr.56; in der britischen Zone Mil.Reg.VO Nr.78 und in der französischen Zone Mil.Reg.VO Nr.96. Diese Vorschriften sind in ihren Grundsätzen ein einheitliches Gesetzgebungswerk (BGH GRUR 58,459). Sie galten nach Beendigung des Besatzungsstatutes am 5.5.1957 als deutsches Bundesrecht weiter (OLG München WuW 56,678) und traten erst mit dem Inkrafttreten des GWB am 1.1.1958 außer Kraft (§ 109 I, II Nr.14-16 GWB).

her¹⁾ mißbilligte sie grundsätzlich jede vertragliche Beschränkung der Wettbewerber untereinander²⁾. Ohne Rücksicht auf Form oder Art einer Wettbewerbsbeschränkung war jede "übermäßige Konzentration deutscher Wirtschaftskraft" verboten³⁾. Der Wortlaut des Art.V 9 c 2 der Brit.Mil.Reg. VO Nr.78 umfaßte daher auch Wettbewerbsverbote, denn diese Vorschrift erklärte "den Ausschluß von Personen von Marktgebieten oder geschäftlichen Tätigkeitsbereichen oder die Zuteilung von Kundschaft"⁴⁾ für verboten. Möhring⁵⁾ und Lindenmaier⁶⁾ machten ausdrücklich auf diese Konsequenz der weit gefaßten Verbotsstatbestände aufmerksam und traten zugleich für die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung ein, um Unbilligkeiten zu vermeiden.

II. Einschränkung des Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung

Besonders die vertraglichen Wettbewerbsverbote waren der Anlaß zu dem Versuch von Rechtsprechung und Literatur, die Frage nach einer einschränkenden Auslegung der Dekartellierungsgesetze aufzuwerfen. Nach einhelliger Auffassung war als Ausgangspunkt für die

-
- 1) Neben der Überführung der deutschen Wirtschaft in eine Wettbewerbswirtschaft sollten die Dekartellierungsgesetze allerdings auch der militärpolitisch erwünschten Auflösung und Entflechtung von Großunternehmen dienen (Baumbach-Hefermehl, Einl. z. GWB, Anm.7; Lieberknecht, Patente, Lizenzverträge und Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, 1953, S.17).
 - 2) Vgl. Möhring, DB 49, 453
 - 3) Lieberknecht, a.a.O., S.144 f. mit weiteren Einzelheiten über den Anwendungsbereich der Dekartellierungsgesetze; vgl. auch Fikentscher, Wettbewerb, S.293
 - 4) Zitiert nach BGHZ 5, 129
 - 5) in DB 49, 453
 - 6) in DB 50, 877;
vgl. auch Seydel, DB 51, 737

hierbei verwendungsfähigen Maßstäbe zu berücksichtigen, daß als Vorbild für die Dekartellierungsgesetze das amerikanische Antitrustrecht gedient hatte¹⁾. Die Einschränkung des umfassenden Wortlautes von sect. 1 des Sherman Act durch die rule of reason wurde bereits im Zusammenhang mit der anglo-amerikanischen Rechtsentwicklung aufgezeigt²⁾; auch für die Auslegung der Dekartellierungsgesetze war damit die Möglichkeit eröffnet, diese von der amerikanischen Rechtsprechung zu den Wettbewerbsgesetzen entwickelte Rechtsprechung heranzuziehen.

Während für Konkurrenzverbote in Angestelltenverträgen eine Übereinkunft zwischen deutschen und amerikanischen Dekartellierungsbehörden bereits ausdrücklich die Vereinbarkeit mit dem Mil.Reg.Gesetz Nr.56 - soweit sie im Rahmen der gesetzlichen Begrenzungsvorschriften, z.B. des HGB, blieben - festgestellt hatte³⁾, führte der BGH bei der Beurteilung anderer, gesetzlich nicht geregelter Wettbewerbsverbote die amerikanische "rule of reason" unmittelbar in seine Rechtsprechung zu den Dekartellierungsgesetzen ein. Welche Bedeutung der "rule of reason" insgesamt in dieser Rechtsprechung zukam, kann im Rahmen des Themas nicht im einzelnen erörtert werden⁴⁾. Hier genügt die Feststellung, daß Wettbewerbsverbote (z.B. bei Geschäftsveräußerungen⁵⁾ oder der Auseinandersetzung von Gesellschaften⁶⁾) unter dem Einfluß der "rule of reason" jedenfalls dann als wirksam angesehen wurden, wenn sie den gebundenen Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfrei-

1) Baumbach-Hefermehl, Einl. z. GWB, Anm.8

2) S.o. S. 95 ff.

3) Vgl. BB 49, 741

4) Vgl. dazu die Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur bei Baumbach-Hefermehl, Einl. z. GWB, Anm.9

5) Vgl. BGH WuW 52, 420

6) Vgl. BGHZ 5,126

heit nicht weitergehend beeinträchtigen als den berechtigten Interessen des durch das Verbot Begünstigten entsprach und außerdem auch nicht über das hinausgingen, was im öffentlichen Interesse - gemessen an dem Ziel der Wettbewerbswirtschaft - als tragbar erschien¹⁾.

III. Problem der Übernahme fremden Rechtes

Die Anwendung der dem anglo-amerikanischen Rechtsdenken entstammenden Dekartellierungsgesetze war nicht reibungslos möglich und ging nicht ohne Schwierigkeiten ab. Es konnte nicht ohne Auswirkung bleiben, daß "der deutschen Rechts- und Wirtschaftsordnung ein seinem inneren Gehalt und seiner äußeren Form und Technik nach fremdes Recht auferlegt²⁾ worden war³⁾".

Gerade die Rechtsprechung zu den Wettbewerbsverboten zeigt aber auch, daß bei dieser Berührung amerikanischen und deutschen Rechtes trotz der rechtstechnischen Problematik einer Einführung des im deutschen Recht bis dahin nicht verwendeten generellen Verbotstatbestandes mit Ausnahmeregelungen doch materiell ähnliche und im Einzelfall befriedigende Ergebnisse mit rechtlichen Gesichtspunkten erreicht wurden, die dem deutschen Recht auch vorher nicht fremd gewesen waren. Der von den Gerichten im Rahmen der An-

1) BGHZ 5,130; BGH WuW 52,354; BGH WuW 52,421; BGH WuW 52,645; vgl. auch OLG München WuW 56,679; Lindenmaier, BB 50,878; Benisch, WuW 53,222; Möhring, DB 49,453. Diese Grundsätze entsprechen materiell der Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach dem "test of reasonableness" des common law

2) Baumbach-Hefermehl, Einl. z. GWB, Anm.9

3) Vor einer Überschätzung dieser Schwierigkeiten muß allerdings gewarnt werden. Fikentscher, Wettbewerb, S.21, führt zutreffend aus, daß wegen der im deutschen Recht ungelöst gebliebenen Kartellproblematik die Grundsätze des amerikanischen Wettbewerbsrechtes auf fruchtbaren Boden fielen und bezeichnet mit Würdinger (Vorwort zu Neumeyer, Monopolkontrolle in USA) die Übernahme des Dekartellierungsrechtes durch die Gerichte als "Rezeption amerikanischen Rechts"

wendung der "rule of reason" berücksichtigte Schutz von Parteiinteressen entspricht der auch vom RG schon im Zusammenhang mit § 138 BGB verwendeten Interessenabwägung¹⁾. Für weitere Gesichtspunkte war nach der Rechtsprechung des RG allerdings kein Raum. Die innerhalb der "rule of reason" ebenfalls noch gebotene Berücksichtigung öffentlicher Interessen, insbesondere die Auswirkung einer Wettbewerbsabsprache auf den Markt, erinnert jedoch schon an die Rechtsprechung des ROHG, dem es - wie oben dargelegt²⁾ - ebenfalls um den Schutz der Allgemeinheit zu tun war. Die Bedeutung der Rechtsprechung zu den Wettbewerbsverboten unter den Dekartellierungsgesetzen für ihre rechtliche Behandlung liegt darin, diese zwei Gesichtspunkte wieder nebeneinandergestellt zu haben.

6. Kapitel: Die allgemeine Grenze der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes für den Veräußerer eines Unternehmens

§ 13 : Wettbewerbsverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ?

I. Das Unternehmen als Veräußerungsgegenstand

Wie schon Isay³⁾ festgestellt hat, betreffen bei einer Unternehmensveräußerung die verschiedenen Veräußerungsformen (Kauf, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft etc.) im wesentlichen die Frage der Art der Gegenleistung⁴⁾. Daraus folgt, daß das Problem der Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbotes, zu dem sich der Veräußerer neben der Übertragung seines Geschäftes verpflichtet, ebenfalls im deutschen

1) S.o. S. 111 f.

2) S.o. S. 110

3) Das Recht am Unternehmen, S. 140

4) Vgl. auch Domke, Die Veräußerung von Handelsgeschäften, 1922, S.30

Recht nicht an eine bestimmte Veräußerungsform gebunden sein kann¹⁾. Es besteht daher kein sachlich gebotener Hinderungsgrund und dient der Vereinfachung der Darstellung, die geltenden Rechtsgrundsätze am Beispiel des Kaufes eines Unternehmens als häufigsten und typischen Veräußerungstatbestand aufzuzeigen.

Ein Unternehmen oder Erwerbsgeschäft kann der einheitliche Gegenstand eines Kaufvertrages sein²⁾. Regelmäßig wird der Verkauf das aus Sachen und Rechten bestehende Geschäftsvermögen (z.B. Grundstücke, Waren und Forderungen) sowie den Geschäftswert (Kundschaft, Ruf, Geschäftslage) umfassen, der dem "goodwill" des anglo-amerikanischen Rechts entspricht³⁾. Ehe nun die Frage nach der Wirksamkeit des anlässlich eines solchen Verkaufs dem Veräußerer vertraglich auferlegten Wettbewerbsverbotes gestellt wird, ist vorab eine Stellungnahme dazu erforderlich, ob sich unmittelbar aus der Eigenart des den Geschäftswert mit einbeziehenden Kaufvertrages nicht ein Wettbewerbsverbot auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ergibt. Erkennt auch das deutsche Recht die Veräußer-

-
- 1) Auch Rechtsform und Größe eines Unternehmens können für die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes nicht entscheidend sein, sofern es sich nur um ein veräußerungsfähiges Erwerbsgeschäft handelt. - Zur Problematik der Veräußerung eines Arzt- oder Anwaltspraxis vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, Anm.7 zu § 433 mit Nachweisen. Ein Verkauf verstößt früher gegen die guten Sitten, ist aber heute grundsätzlich zulässig.
 - 2) Zwar kennt das Gesetz keinen einheitlichen Unternehmensbegriff (BGHZ 31,109); doch erwähnt es selbst häufiger, daß ein Unternehmen Gegenstand einer Veräußerung sein kann (vgl. § 22 HGB; § 1922 Ziff.4 BGB; §§ 119,134 KO). Zur Unternehmensveräußerung im ganzen vgl. Koumantos, Erwerbsverhaftung bei Unternehmensveräußerung, 1955, S. 163 ff.
 - 3) Vgl. Staudinger-Ostler, Anm.29 zu § 433

lichkeit des immateriellen Geschäftswertes an, so kann hierbei der für das anglo-amerikanische Recht bereits nachgewiesene Zusammenhang zwischen "goodwill" und Wettbewerbsverbot¹⁾ von Bedeutung sein.

II. Wettbewerbsverbot und § 242 BGB

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, daß nicht grundsätzlich in jeder Veräußerung eines Unternehmens auch die stillschweigende Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes liegt²⁾. Doch wird ebenfalls übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß bei einem Unternehmensverkauf die Übergabe- und Verschaffungspflicht unter Berücksichtigung von § 242 BGB in der Weise konkretisiert zu werden hat, daß der Veräußerer zumindest in unmittelbarer Nähe des verkauften Geschäftes keinen Konkurrenzbetrieb eröffnen³⁾ und den übertragenen Kundstamm nicht durch eigene Wettbewerbstätigkeit wieder an sich ziehen⁴⁾ darf⁵⁾. Dieses auf dem Veräußerungsvertrage beruhende und aus § 242 BGB folgende eng begrenzte Wettbewerbsverbot für den Verkäufer findet seine Rechtfertigung in der Besonderheit des Kaufgegenstandes.

Ähnliche Erwägungen wie im anglo-amerikanischen Recht sind hier maßgebend. Der Erwerber will das Geschäft in dem erworbenen Umfang weiterführen. Zu diesem Zweck läßt er sich dessen "goodwill" übertragen und zahlt auch regelmäßig einen wesentlichen Teil des Kaufpreises dafür. Wegen der früheren Be-

1) S.o. S. 56 ff.

2) Pisko, Ehrenb.Hdb. II 1, S.223; Staub, Komm. z. HGB, Anm.33 zu § 22; Wenz, Die Geschäfts- und Praxisveräußerung, 1959, S.39; Würdinger in RGRK z. HGB, Anm.17 zu § 22

3) Düringer-Hachenburg, HGB, Anm.13 zu § 25; Würdinger in RGRK z. HGB, Anm.17 zu § 22

4) RGZ 117,180

5) Vgl. die in Anm.2 genannten.

ziehungen zu dem von ihm veräußerten Unternehmen ist der Verkäufer nun in besonderem Maße in der Lage, durch Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes gleich in der Nähe oder durch fortgesetzte Betreuung der alten Kunden den übertragenen Geschäftswert zu schmälern oder dem Erwerber wieder zu entziehen. Gesteht man ihm einen aus dem Kaufvertrag sich ergebenden Unterlassungsanspruch gegen den Veräußerer zu, so wird er wenigstens vor solchen unmittelbaren Eingriffen in den erworbenen "goodwill" geschützt, auch ohne ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot vereinbart zu haben¹⁾. Über den Umfang eines solchen Wettbewerbsverbotes kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden²⁾; doch sollten im allgemeinen solche Konkurrenzhandlungen untersagt sein, die zur unmittelbaren und wesentlichen Beeinträchtigung des übertragenen Geschäftswertes geeignet sind³⁾.

III. Das stillschweigend vereinbarte Wettbewerbsverbot

Neben diesem aus dem Kaufvertrag folgenden Wettbewerbsverbot mögen im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, aus denen unter Berücksichtigung von §§ 157, 242 BGB die stillschweigende Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes angenommen werden kann⁴⁾. So schloß z.B. das RG⁵⁾ aus einer zusammen mit der

1) So insbesondere auch: RGZ 117, 180; Oettel, Die Konkurrenzklausel selbständiger Kaufleute, Diss. Jena 1933, S. 28; Benisch WuW 53, 225; Behling in Anm. zu OLG Stuttgart NJW 49, 27

2) Soergel-Siebert, Anm. 73 zu § 433

3) Zu dem vereinzelt gebliebenen Versuch, ein nicht vereinbartes "natürliches" Wettbewerbsverbot aus einer entsprechenden Anwendung des § 437 BGB (Haftung des Verkäufers bei Rechtskauf) herzuleiten, vgl. Nielsen, Konkurrenzverbote bei Übertragung von Handelsunternehmungen, 1922, S. 29 f., 123 und Kohler, Das vertragliche Wettbewerbsverbot für den früheren Inhaber bei der Geschäftsveräußerung, Diss. Erlangen 1934, S. 17

4) Staudinger-Ostler, Anm. 120 zu § 433

5) RGZ 117, 176

Übertragung eines Geschäftes vereinbarten Gewinnbeteiligung für den Veräußerer, daß dieser für die Zeit, in der er sich das Geschäftsergebnis mit dem Erwerber teilte, auch die Kundschaft nicht mit der Errichtung eines Konkurrenzbetriebes habe weglocken wollen. Gleichfalls wird ein stillschweigend vereinbartes Wettbewerbsverbot anzunehmen sein, wenn der Veräußerer zur Rechtfertigung des Kaufpreises auf das Fehlen eines gleichartigen Geschäftes in der Nähe aufmerksam gemacht hat¹⁾ oder wenn ein im Vergleich zu den übertragenen Sachwerten außergewöhnlich hoher Teil des Kaufpreises sich auf den Geschäftswert bezieht²⁾.

§ 14 : § 138 BGB als Grenze für die Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes

I. Auslegung und Anwendung des Begriffs der guten Sitten durch Rechtsprechung und Lehre

1. Auslegung

Nach der vom Reichsgericht zur Ausfüllung der Generalklausel des § 138 BGB geprägten Formel verstößt ein Rechtsgeschäft dann gegen die guten Sitten, wenn es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft³⁾. Aus dieser Auslegungsformel haben sich eine Fülle von Einzelfragen ergeben. Darauf kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht eingegangen werden⁴⁾. Nur soweit die Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach § 138 BGB es gebietet, ist auch eine Stellungnahme zu dem genannten Begriff der guten Sitten erforderlich. Von solchem Blickwinkel her ist besonders festzuhalten, daß die Sittenwidrig-

1) RGZ 163,313

2) OLG Stuttgart NJW 49,27

3) Vgl. z.B. RGZ 80,221; i.folg.ist stets § 138 I BGB gemeint.

4) Vgl. dazu das umfangreiche Schrifttum. Nachweise bei Staudinger-Coing, vor Anm.1 zu § 138

keit nach der Auslegung durch das RG als "Moralwidrigkeit"¹⁾ aufzufassen war. Damit entschied sich das RG für die Berücksichtigung moralischer, sittlicher Grundsätze im Rahmen des § 138 BGB. Im Sittenverstoß sah es nicht die Verletzung von Sitte oder Konventionalnormen, sondern einen Angriff gegen die Moralgesetze²⁾. Unter diesem Gesichtspunkt hat das RG in einer umfangreichen Kasuistik das Kriterium der Sittenwidrigkeit präzisiert. Der BGH³⁾ und das Schrifttum⁴⁾ sind ihm darin gefolgt. So sollen nach § 138 BGB "die Moralanschauungen"⁵⁾ oder "der Durchschnittsmaßstab einer gerechten und anständigen Gesinnung, wie sie üblicherweise im Wirtschaftsleben betätigt wird"⁶⁾, maßgeblich sein⁷⁾.

2. Anwendung

Ausgangspunkt für die Anwendung des § 138 BGB auf vertragliche Wettbewerbsverbote ist der von der Rechtsprechung zu dieser Vorschrift entwickelte Grundsatz, demzufolge alle Geschäfte, die die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit des einzelnen durch zu weitgehende Bindung übermäßig beeinträchtigen, gemäß § 138 BGB sittenwidrig und nichtig⁸⁾ sind. Mit dieser Regel wurde auf den für § 138 BGB grundsätzlich er-

1) Vgl. Simitis, Gute Sitten und Ordre Public, 1960, S. 38

2) Im Bereich des Problemkreises der guten Sitten ist der grundsätzliche Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit sowie zwischen Moralgesetz und Konventionalnorm allgemein anerkannt. Vgl. Nachweise bei Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, S. 114

3) Vgl. z.B. BGH NJW 55, 1273; NJW 56, 337, 585, 707; dementsprechend fordert der BGH auch als subjektiven Moment eine verwerfliche Gesinnung, BGH NJW 57, 1274

4) z.N. Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 138

5) Staudinger-Coing, Anm. 5a zu § 138

6) Erman-Westermann, Anm. 5 zu § 138

7) Simitis, a.a.O., S. 21 kommt daher zu dem zutreffenden Ergebnis, daß sich die einen moralischen Vorwurf voraussetzende Auffassung von Aspr. und Lehre zur Auslegung des Begriffes der guten Sitten seit der Jahrhundertwende kaum geändert hat.

8) Vgl. die Übersicht der unter § 138 BGB entwickelten Einzelgesichtspunkte für die Annahme eines Sittenverstoßes bei Staudinger-Coing, Anm. 6a ff. zu § 138.

forderlichen Sittenverstoß beider Vertragsparteien¹⁾ verzichtet und ausnahmsweise ein einseitiges unsittliches Verhalten als genügend angesehen, wenn es sich gerade - wie regelmäßig in solchen Fällen - gegen die andere Partei richtet²⁾. Nach den im einzelnen entwickelten Maßstäben ist das die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eines Vertragspartners verengende Wettbewerbsverbot aber immer dann wirksam, wenn es einerseits dem berechtigten Interesse des dadurch Begünstigten entspricht und andererseits angemessen nach Ort, Zeit und Gegenstand beschränkt ist³⁾. Es hat also eine Abwägung der "Interessen des Berechtigten an einer Ausschaltung der Konkurrenz einerseits und die dem Verpflichteten verbleibende Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung andererseits"⁴⁾ zu erfolgen. Bei diesem Interessenausgleich können alle Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden⁵⁾.

Ein schutzwürdiges Interesse des Erwerbers eines Unternehmens an der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes mit dem Veräußerer ist grundsätzlich anerkannt worden⁶⁾. Den Umfang dieses Interesses hat der BGH unter Hinweis darauf bestimmt, daß ein Wettbewerbsver-

1) Ständige Rechtsprechung; vgl. RGZ 78,353; 140,190; 160,58

2) Erman-Westermann, Anm.7 zu § 138 mit Nachweisen

3) RGZ 53,155; s.o. S.112

4) Staudinger-Coing, Anm.18 cc zu § 138; zu dieser, im Rahmen des § 138 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung vgl. auch RAG JW 28,290; BGH WuW 57,653; Hefermehl in Soergel-Siebert, Anm.59 zu § 138; Erman-Westermann, Anm.11 z. mm) zu § 138

5) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 191 III 3 b, spricht daher von einem "weiten Gebiet schöpferischer und für die Entwicklung der Gesellschaft hochwichtiger Tätigkeit". Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957, S.80, macht hingegen zutreffend auf die hieraus entstehenden Gefahren für die Rechtssicherheit aufmerksam.

6) Vgl. BGH WuW 57,653; BGHZ 5,126; Hefermehl in Soergel-Siebert, Anm.59 zu § 138

bot in solchen Fällen der Sicherung übernommener Kundschaft dient¹⁾. Dieser Gedanke erinnert an die Betonung des "goodwill"-Schutzes im anglo-amerikanischen Recht²⁾. Dort wird der Zusammenhang zwischen der das schutzwürdige Interesse des Erwerbers bestimmenden Veräußerung von "goodwill" und dem zulässigen Maß der Begrenzung des Wettbewerbsverbotes nach Ort, Zeit und Gegenstand klar gesehen³⁾. Diese Verbindungslinie zieht wohl auch der BGH, wenn er in dem zitierten Falle⁴⁾ dieses schutzwürdige Interesse nicht darauf beschränkt, daß der Verkäufer eines Handelsgeschäftes bei seinem bisherigen Kundenstamm und mit dem Namen der veräußerten Firma keinen Wettbewerb macht, sondern den Erwerber auch darüber hinaus vor solchen Handlungen schützen will, die - wie z.B. Kundenwerbung im Tätigkeitsbereich des Unternehmens - den Kaufpreis für den veräußerten Geschäftswert aushöhlen könnten. Damit tritt der BGH für eine an dem Sicherungsinteresse des Erwerbers ausgerichtete Beurteilung von sachlichem und räumlichem Geltungsbereich des Wettbewerbsverbotes ein. Zumeist fehlt jedoch eine ausdrückliche Bezugnahme auf diesen Schutzzweck des Wettbewerbsverbotes bei der Geschäftsveräußerung. Rechtsprechung und Literatur begnügen sich im allgemeinen mit dem Hinweis auf den im Einzelfall vorzunehmenden Interessenausgleich⁵⁾. Die dabei notwendig "umfassende Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des einzelnen Falles"⁶⁾ - und nicht der erwähnte Schutzzweck - entscheidet dann über die zulässige räumliche, zeitliche oder gegenständliche Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes⁷⁾. Sie

1) BGHZ 5,131

2) S.o. S. 57

3) S.o. S. 56 ff.

4) Vgl. oben Anm. 1; a.a.O., S.131 f.

5) Vgl. die in Anm.4 (S.123) genannten

6) BGH WuW 57,654

7) Dabei ist auf eine Gesamtbetrachtung des örtlichen, zeitlichen und gegenständlichen Umfangs des Verbotes abzustellen. Die Tatsache, daß das Wettbewerbsverbot nur in einer Richtung unbeschränkt ist, macht es noch nicht sittenwidrig und unwirksam. Vgl. Staub, Komm. z.HGB, Anm.34b zu § 22; Zur Problematik einer gegen-

kann im einen Falle dazu führen, daß z.B. ein unbefristetes Wettbewerbsverbot als sittenwidrig angesehen wird¹⁾, im anderen Falle aber auch bewirken, daß die Wirksamkeit einer zeitlich unbeschränkten Konkurrenzklausel nicht in Frage gestellt ist²⁾³⁾.

II. Problematik der Anwendung des § 138 BGB auf die Beurteilung von Wettbewerbsverboten

Diese aus den Umständen des Einzelfalles zu gewinnende Interessenbewertung mag durchaus zu billigen Lösungen führen. Als eine Beurteilung vertraglicher Wettbewerbsverbote unter dem Gesichtspunkt des Verstosses gegen die guten Sitten ist sie jedoch aus zwei Gründen nicht unproblematisch.

1. Individualschutzgedanke

Der Anknüpfungspunkt für die rechtliche Beurteilung von Verträgen im Rahmen des § 138 BGB beschränkt sich auf die Parteibeziehungen. Auch die bei Wettbewerbsverboten anzustellende Interessenabwägung beantwortet die Frage nach der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen ausschließlich auf Grund der beteiligten Par-

Forts.7) (S.124) ständlichen Begrenzung bei Handelsgesellschaften im Zeichen der Ausdehnung und Vergrößerung der Warensortimente der einzelnen Gewerbezeige vgl. Schmidt und Hackenberger, DB 62,957

1) RG JW 1907,494

2) RG Warn. 1928 Nr.7

3) Ein Wettbewerbsverbot beim Praxisverkauf (z.B. von Ärzten, Anwälten) hatte das RG grundsätzlich für sittenwidrig gehalten (vgl. RGZ 66,143; 68,186). Nach der Wandlung der Rechtsprechung zugunsten der grundsätzlichen Veräußerbarkeit von Praxen (vgl. oben Anm. 1 auf S.118) sah sich der BGH auch dazu veranlaßt, an Wettbewerbsverbote zwischen Ärzten "einen mildernden Maßstab" zu legen (BGHZ 16, 78). Zwar sei der Arztberuf nach wie vor nicht als Gewerbe zu betrachten, doch könne man nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß der Arzt in Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübe (a.a.O., S.79).

teilinteressen: Sittenwidrig ist eine Konkurrenz-
klausel nur bei unangemessener, nicht durch ein be-
sonderes Interesse der berechtigten Vertragspartei
gerechtfertigter Einschränkung der wirtschaftlichen
Bewegungsfreiheit des verpflichteten Partners. Hin-
gegen kann auch ein sehr weitgehendes Wettbewerbs-
verbot im Rahmen des § 138 BGB nicht daraufhin unter-
sucht werden, inwieweit es Dritte - das "Publikum" im
Sinne der früheren Rechtsprechung des ROHG und damit
die am Wirtschaftsleben beteiligte Allgemeinheit durch
Beschränkung des Wettbewerbs beeinträchtigt oder schä-
digt¹⁾. Eine Berücksichtigung solcher gesamtwirtschaft-
licher Belange wird von der Rechtsprechung im Rahmen
dieses Interessenausgleiches nicht vorgenommen²⁾. Ge-
rade die Urteile des ROHG³⁾ und die unter den Dekar-
tellierungsgesetzen ergangenen Entscheidungen⁴⁾ zu
vertraglichen Wettbewerbsverboten zeigen aber, daß
Ansatzpunkt für ein Unwerturteil über Wettbewerbsver-
bote nicht allein die Beschränkung der Privatautonomie,
sondern auch die Beschränkung des Wettbewerbs ist.

2. Unvereinbarkeit mit der Auslegung des § 138 BGB

Die Auslegung eines Verstoßes gegen die guten Sit-
ten als Moralverletzung läßt sich zudem mit der eine
sachgerechte und zweckmäßige Lösung anstrebenden In-
teressenabwägung, die die Rechtsprechung bei der Be-
urteilung von Fällen der vertraglichen Bindung wirt-

-
- 1) Nach Simitis, a.a.O., S.38 erlaubte gerade die Auslegung der Sittenwidrigkeit als Moralwidrigkeit es den Richtern nicht, die Wirkungen des Vertrages auf Dritte und sein Verhältnis zu den Prinzipien der Rechts- und Wirtschaftsordnung zu prüfen.
 - 2) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, 1958, S.41 und Rittner, a.a.O., S.80 stellen dies kritisch für den Gesamtbereich der unter § 138 BGB beurteilten Verträge, die die wirtschaftliche Freiheit beschränken, fest.
 - 3) S.O. S. 110
 - 4) S.O. S. 116

schaftlicher Bewegungsfreiheit tatsächlich vornimmt, schwerlich vereinbaren. Einerseits hält die Rechtsprechung an der Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und damit an sittlichen Maßstäben fest. Andererseits stellt sie bei der Beurteilung übermäßiger Bindungen auf die im Einzelfall widerstreitenden Interessen ab und berücksichtigt dabei rechts- und wirtschaftspolitische Erwägungen¹⁾. Eine Berufung auf ethische Kriterien tritt in den Hintergrund. Die Rechtsprechung kommt nicht umhin, für die Beurteilung vertraglicher Beschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit anzuerkennen, daß "die übermäßige Bindung eine nicht sowohl als unsittlich empfundene, als vielmehr eine aus sozialen und ökonomischen Gründen nicht zu duldende Erscheinung des Wirtschaftslebens"²⁾ ist.

Zu der grundsätzlichen Auslegung des § 138 BGB besteht aber damit ein Widerspruch. Er ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern belastet die aus einer vertraglichen Bindung begünstigte Partei. Sie wird unter Umständen - z.B. bei einem zu weitgehenden Wettbewerbsverbot - mit dem Vorwurf des Sittenverstoßes und der Folge vollständiger Nichtigkeit ihrer Vereinbarung auf Grund von Interessenabwägungen belastet, die zu ihren Ungunsten ausgefallen sind, denen aber eine moralische Wertung nicht zu entnehmen ist³⁾.

1) Simitis, a.a.O., S.36; Sunder-Plassmann, Das Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs.1 BGB, Diss. Münster 1964, S.9

2) v.Tuhr, Allg.Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2.Bd. 1.Hälfte, 1914, S.38

3) Rittner, a.a.O., S.80, macht ebenfalls auf den Unterschied zwischen übermäßiger Bindung und Sittenverstoß aufmerksam.

III. Lösungsversuche der Rechtslehre

1. Die Versuche im einzelnen

Dieser Konflikt zwischen der Deutung des Begriffs der guten Sitten durch die Rechtsprechung und der praktischen Beurteilung von Verträgen, die die wirtschaftliche Freiheit beschränken, hat die Literatur zur Kritik herausgefordert.

So sieht schon von Tuhr¹⁾ in der Behandlung solcher Fälle im Rahmen des § 138 BGB "eine Verflachung des in § 138 BGB aufgestellten Begriffes der guten Sitten". In neuerer Zeit hat Rittner²⁾ die Auffassung vertreten, daß man dem eigentlichen Rechtsproblem in diesen Fällen durch die Berufung auf die guten Sitten nur ausweiche. Die konkreten Vorschläge zur Überbrückung des genannten Widerspruchs setzen in ihrer Mehrzahl bei der Bedeutung des Begriffs der guten Sitten an. Gemeinsam verfolgen sie das Ziel, diesen Begriff so auszulegen, daß er auch bestimmte Angriffe gegen Grundprinzipien der öffentlichen Ordnung - zu denen insbesondere die Gewerbefreiheit gezählt wird³⁾ - umfaßt. Damit ist ein Weg beschritten, der in die Richtung des anglo-amerikanischen "public policy"-Prinzipes führt, das den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ausdrücklich einschließt⁴⁾. Über die dogmatische Begründung dieses Weges bestehen allerdings unterschiedliche Auffassungen.

So sollen nach einer Meinung Angriffe gegen die öffentliche Ordnung in die Auslegung des Verstoßes gegen die guten Sitten einbezogen sein⁵⁾. Unter Beru-

1) a.a.O., S.38

2) a.a.O., S.80

3) Vgl. Biedenkopf, a.a.O., S.41, unter Berufung auf die Motive zum BGB

4) S.o. S.16 ff.

5) Vgl. Hefermehl in Soergel-Siebert, Anm.1 zu § 138; Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1965, S.367; Biedenkopf, a.a.O., S.41; Staudinger-Coing, Anm.5 zu § 138

fung auf die Motive zum BGB¹⁾ wird besonders betont, daß der Gesetzgeber auch solche Verträge mit § 138 BGB treffen wollte, die mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit in Widerspruch stehen²⁾. Damit wird nicht notwendig ^{auf} die Beachtung sittlicher Gebote im Rahmen des § 138 BGB verzichtet. Vielmehr wird nach dieser Auffassung gerade auch in der Verwirklichung der öffentlichen Ordnung eine sittliche Aufgabe gesehen³⁾.

Eine andere Möglichkeit wird mit der Ausfüllung der Generalklausel des § 138 BGB durch die Grundrechte vorgeschlagen⁴⁾. Die in diesen Normen getroffenen Entscheidungen des Verfassungsgesetzgebers werden als Ausdruck der öffentlichen Ordnung (ordre public) aufgefaßt⁵⁾. Insbesondere die Grundrechte der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) und der freien Berufswahl und Berufsausübung

-
- 1) Nach dem Vorbild des Art. 1133 c.c. hatte der erste Entwurf in § 106 den Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund für ein Rechtsgeschäft genannt. Damit entsprach der Umfang des § 106 dem "ordre public" bzw. der "public policy". Im zweiten Entwurf wurde der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung als Grund für die Nichtigkeit eines Vertrages dann wieder gestrichen. (Zu erneuten Versuchen, den früheren § 106 beizubehalten, vgl. die Nachweise bei Flume, a.a.O., S. 364.) Die Beschränkung auf den Verstoß gegen die guten Sitten wurde damit begründet, daß dem Begriff der öffentlichen Ordnung eine sichere Begrenzung fehle und Rechtsgeschäfte, die gegen die öffentliche Ordnung verstießen, auch regelmäßig und den guten Sitten nicht vereinbar seien (vgl. Motive I, S. 969; Staudinger-Coing, Anm. 2 zu § 138).
 - 2) Biedenkopf, a.a.O., S. 41
 - 3) Flume, a.a.O., S. 367; Staudinger-Coing, Anm. 4 zu § 138, unterscheidet deswegen bei den sittlichen Regeln zwischen solchen der Individualethik - sie beziehen sich auf die Führung des individuellen Lebens - und denen der Sozialethik, die auf die Gestaltung der Sozialordnung bezogen sind.
 - 4) Habscheid, WuW 54, 409; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 87; Maunz-Dürig, Anm. 50 zu Art. 2 I GG.
 - 5) Habscheid, a.a.O., S. 411

(Art.12 GG) seien ja als Grundsatznorm und Auslegungsregel für die gesamte Rechtsordnung verbindlich¹⁾. Im Privatrecht könnten sie über die Generalklauseln (§§ 138,242,226 BGB) Bedeutung erlangen²⁾. Die ihnen zugrundeliegende Wertung müßte daher auch im Rahmen von § 138 BGB bei Wettbewerbsverboten berücksichtigt werden und könnte die Frage nach ihrer Zulässigkeit zufriedenstellend lösen³⁾.

In einer neueren Untersuchung will Simitis⁴⁾ im Rahmen des § 138 BGB neben der Sittenwidrigkeit den Verstoß gegen die öffentliche Ordnung als Nichtigkeitsgrund einführen. Von der Anwendungspraxis der Rechtsprechung her kommt er zu dem Ergebnis, daß ein Rückgriff auf den "ordre public" vom Standpunkt teleologischer Gesetzesauslegung durchaus zulässig sei⁵⁾. Damit werde klargestellt, daß nicht in allen Fällen des Verstoßes gegen § 138 BGB auch zugleich der Vorwurf einer Moralverletzung liege⁶⁾. So will er den § 138 Abs.1 BGB anwenden, als ob er lautete: Ein Rechtsgeschäft, das gegen den ordre public oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig⁷⁾. Damit werde besonders bei Wettbewerbsverboten die Möglichkeit eröffnet, alle Interessen - nicht nur die Individualinteressen - zu beachten, die für die Beurteilung von Bedeutung sind⁸⁾.

-
- 1) Vgl. Bachof in Die Grundrechte III 1, S.174 unter Hinweis auf BVerfGE 7, 198
 - 2) Habscheid, a.a.O., S.410; Maunz-Dürig, Anm.50 zu Art.2 I GG. Über den Streit zu der sog. Drittwirkung von Grundrechten vgl. Bachof, a.a.O., S.173 f. mit Einzelnachweisen.
 - 3) Unter dem Einfluß der "Drittwirkung von Grundrechten" wollte Spitzbarth (NJW 54,453 ff.) Wettbewerbsverbote unmittelbar nach Art.2 I bzw. Art.12 GG beurteilen. Diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Ablehnend Stree, NJW 54, 1025
 - 4) Gute Sitten und Ordre Public, 1960, S.139
 - 5) a.a.O., S.139
 - 6) a.a.O., S.139
 - 7) a.a.O., S.139
 - 8) a.a.O., S.188

2. Stellungnahme

Eine Stellungnahme zu diesen verschiedenen Auffassungen darf sich - dem Rahmen des Themas entsprechend - mit der Frage begnügen, ob sich mit ihrer Hilfe für die Beurteilung von Wettbewerbsverboten der dargestellten Art gegenüber der Rechtsprechung wirklich befriedigendere Lösungen erzielen lassen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist allen Meinungen zunächst zwar zuzugestehen, daß sie sich erfolgreich bemühen, den durch die Rechtsprechung zu § 138 BGB entstandenen Widerspruch durch die Berücksichtigung von Grundsätzen der öffentlichen Ordnung bei der Auslegung des Begriffes der guten Sitten zu überbrücken. Doch kommen Flume und auch Habscheid bei der Entscheidung über die Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbotes im Einzelfall nicht zu materiell von der Rechtsprechung verschiedenen Ergebnissen. So sieht denn auch Habscheid seine Auffassung ausdrücklich nur als eine Bestärkung der Rechtsprechung an¹⁾. Damit würden aber auch nach diesen Meinungen vertragliche Wettbewerbsverbote weiterhin ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit behandelt werden können. Solche individualrechtliche Betrachtungsweise als alleinige Beurteilungsgrundlage für Wettbewerbsverbote wurde oben²⁾ aber bereits als unzureichend gekennzeichnet. Lediglich nach der Auffassung von Simitis wäre die Berücksichtigung auch anderer Interessen als derjenigen der Vertragsparteien möglich. Angesichts des Wortlautes von § 138 BGB und seiner Entstehungsgeschichte erscheint jedoch das Maß zulässiger Auslegung überschritten, wenn der Sittenwidrigkeit - wie Simitis es vorschlägt - auch der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Rahmen des § 138 BGB zur Seite gestellt wird. Deren Berück-

1) WuW 54, 410

2) S.o. S. 125 f.

sichtigung war ja wohl in § 106 des ersten Entwurfes zum BGB vorgesehen, aber später doch ausdrücklich gestrichen worden¹⁾.

Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 138 BGB kommen weiterhin alle Auffassungen nicht darumhin, das auch nach einer Interessenabwägung noch übermäßige Wettbewerbsverbot als sittenwidrig und nichtig zu erklären. Dieser Ausspruch mag bei umfassenden Vereinbarungen, die die Erwerbsfreiheit des einzelnen vollständig vernichten, durchaus angemessen sein. Andererseits wurde jedoch ebenfalls bereits darauf hingewiesen²⁾, daß nicht jede - nur durch Interessenabwägung ungerechtfertigte - Bindung schon die Rechtsfolge der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit verdient. So muß denn insgesamt die Streichung der Worte "öffentliche Ordnung" aus dem ersten Entwurf zum BGB als ein Fehler betrachtet werden³⁾, wie auch insbesondere der Blick auf den Anwendungsbereich der "public policy" und der damit erzielten Lösungen zeigt.

Für die Beurteilung von vertraglichen Wettbewerbsverboten ist § 138 BGB nach allem zwar nicht entbehrlich; besonders eindeutigen und verwerflichen Fällen der Beschränkung wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit wird man mit dieser Vorschrift begegnen können. Andererseits kann aus den dargelegten Gründen nicht bestritten werden, daß § 138 BGB nur einen unzulänglichen Maßstab zur Beurteilung solcher Vereinbarungen bietet. Diese Unzulänglichkeit gilt es zu betonen. Von ihr als Ausgangspunkt verdient ein Gedanke Fikentischers⁴⁾ Zustimmung, den er zwar in anderem Zusammenhang ausgesprochen hat, der aber in gleicher Weise auf Grund der verschiedenen Anknüpfungspunkte für die Beurteilung vertraglicher Wettbewerbsverbote auch im vorliegenden Zusammenhang Geltung beanspruchen kann.

1) S.o. Anm.1 auf S.129

2) S.o. S. 127

3) So auch Biedenkopf, a.a.O., S.41

4) in Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S.252

Danach kann eine Korrektur der Rechtsprechung nicht von der Seite der Sittenwidrigkeit her erfolgen, sondern von der anderen Seite des Unwerturteils über die Wettbewerbsbeschränkung. Da diese Seite bei der Beurteilung des Wettbewerbsverbotes nach § 138 BGB ausgeklammert bleibt, wird nun zu fragen sein, welche Beurteilungsgrundlagen hierfür zur Verfügung stehen.

7. Kapitel: Die Beurteilung des Wettbewerbsverbotes nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁾

Im Anschluß an die als unbefriedigend erkannte Behandlung von Wettbewerbsverboten nach § 138 BGB ist nun die Frage nach ihrer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu stellen. Dabei wird zu prüfen sein, ob das Wettbewerbsverbot des Veräußerers eines Unternehmens den Vorschriften des GWB und welchen Maßstäben es nach diesem Gesetz unterliegt.

§ 15 : Anwendbarkeit von § 1 GWB

Nach § 1 GWB werden u.a. Verträge zwischen Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck für unwirksam erklärt, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

I. Unternehmen

Der für das GWB maßgebliche Unternehmensbegriff ist mangels eines einheitlichen, für die gesamte Rechtsordnung geltenden Unternehmensbegriffes²⁾ an der Zweckbestimmung des GWB auszurichten. Sein weiterer Umfang ergibt sich daraus, daß "das Gesetz sich

1) Vom 27.7.1957 (BGBl I 1081); in der Neufassung vom 3.1.1966 (BGBl I 37)

2) S.o. S.118 ; Baumbach-Hefermehl, Anm.10 zu § 1

an alle natürlichen und juristischen Personen sowie an nichtrechtsfähige Personenvereinigungen wenden will, die aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen¹⁾). Danach sind auch die an einem Kaufvertrag über ein gewerbliches Unternehmen beteiligten Parteien Unternehmen i.S. von § 1 GWB. Dem steht nicht entgegen, daß der Erwerber im Einzelfall vielleicht bisher Privatmann gewesen ist. Es genügt, daß die Vertragsparteien durch eine Vereinbarung als künftige Unternehmen gebunden werden sollen²⁾³⁾.

II. Gemeinsamer Zweck

Wichtiger ist im Rahmen des § 1 GWB, daß die dem Verbot unterstellten Verträge zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen sein müssen. Durch dieses Erfordernis wird die Anwendung des § 1 GWB auf solche Verträge beschränkt, die einen gesellschaftsvertraglichen Charakter haben, weil die Parteien mit ihnen ein

-
- 1) Schwartz im Gem.-Komm., Anm.2 zu § 1; ebenda auch der Hinweis, daß für den Unternehmensbegriff unerheblich sind die Absicht der Gewinnerzielung, der Umfang oder die Rechtsform. Gegensatz ist eine rein private Tätigkeit, die nur der eigenen Bedarfsdeckung dient (Baumbach-Hefermehl, Anm.11 zu § 1).
 - 2) Schwartz im Gem.-Komm., Anm.5 zu § 1; Baumbach-Hefermehl, Anm.19 zu § 1; Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.555
 - 3) Die Anwendung von GWB-Vorschriften auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Ärzten und Angehörigen anderer freier Berufe hängt von der Frage ab, ob sie als Unternehmen i.S. des GWB anzusehen sind oder nicht. Darüber herrscht Streit. Für eine Anwendbarkeit vgl. WuW/E BKartA 50 ("vereidigter Buchprüfer"); Müller/Gries, Anm.18 zu § 1; Benkendorff WuW 56,20; v.Godin, NJW 58,64. Dagegen haben sich ausgesprochen: Baumbach-Hefermehl, Anm.13 zu § 1; Frankf.Komm., Tz 5 zu § 1; Langen, Anm. III 2 zu § 1; Spitzbarth, NJW 54,453. Eine vermittelnde Auffassung (vgl. Müller-Henneberg im Gem.-Komm., Anm.7 zu § 1) beantwortet die Frage unter Berücksichtigung der verschiedenen standesrechtlichen Verhältnisse in den einzelnen Berufszweigen. Bei solchen freien Berufen, die auf Grund einer staatlichen oder durch Selbstverwaltungsorgane ausgeübten Aufsicht auch gegen "bedenkliche rechtsgeschäftliche Wettbewerbsbeschränkungen" vorgehen können, will sie eine Anwendung von GWB-Vorschriften als rechtspolitisch nicht notwendig ausschließen. Dieser Auffassung ist

gemeinsames Ziel durch gemeinsamen Einsatz in gemeinschaftlicher Weise verfolgen¹⁾. Ihnen gegenüber stehen die Austauschverträge, die den Austausch von Leistung und Gegenleistung bezwecken und bei denen jeder Vertragspartner seine eigenen Zwecke verfolgt.

In Rechtsprechung und Literatur herrscht Einigkeit darüber, daß bei dem im Zusammenhang mit einem Geschäftsveräußerungsvertrage verabredeten Wettbewerbsverbot das Merkmal der Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zwecke fehlt. Diese Ansicht wird damit begründet, daß es sich hierbei gerade um einen Austauschvertrag handle und jede Vertragspartei mit der Vereinbarung des Wettbewerbsverbotes ihre eigenen Ziele verfolge²⁾. Diese Begründung verdient Zustimmung. Das Wettbewerbsverbot läßt sich in das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung beim Kaufvertrag einordnen. Es dient der Ermöglichung und Sicherung des Leistungsaustausches im Hinblick auf den immateriellen Geschäftswert (goodwill) als Leistungsgegenstand. Das Wettbewerbsverbot stellt daher einen Teil der Gegenleistung für den Kaufpreis dar, der auch für den "goodwill" zu zahlen war³⁾. Damit scheidet schon aus diesem Grunde eine Anwendbarkeit des § 1 GWB auf die hier zu behandelnden Wettbewerbsverbote aus⁴⁾.

Forts. 3) (S.134) mit der Einschränkung zuzustimmen, daß der Wandel der Rechtsprechung zu der Frage der Sittenwidrigkeit der Veräußerung einer Arztpraxis auf Grund einer stärkeren Betonung der wirtschaftlichen und unternehmerischen Seite dieses Berufes (vgl. oben, Anm.3 S. 125) auch den Schluß nahelegt, Ärzte den Vorschriften des GWB zu unterstellen (vgl. auch Müller-Henneberg im Gem.-Komm., Anm. 7 zu § 1).

- 1) Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.561; für die Ermittlung des gemeinsamen Zweckes ist eine Gesamtwürdigung aller für die rechtliche Wertung bedeutsamen Umstände vorzunehmen, BGHZ 31,105.
- 2) Rinck, Wirtschaftsrecht, 1963, S.176; Frankf.Komm., Tz 10 zu § 1; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 1958, Anm.6 zu § 1; OLG Celle DB 60,1123
- 3) Vgl. insbesondere Klaue, WuW 61,325 ff.; Müller-Henneberg im Gem.-Komm., Anm.57 zu § 1
- 4) Neben dem gemeinsamen Zweck wird auch bei der Frage

§ 16 : Anwendbarkeit von §§ 15 ff. GWB

I. Allgemeines

Sind die den Veräußerer eines Unternehmens bindenden Wettbewerbsverbote aber den Austauschverträgen zuzuordnen, so kommt die Anwendbarkeit der §§ 15 ff. GWB in Betracht. Unter der Überschrift "sonstige Verträge" regelt das GWB in diesen Vorschriften solche Vertragsvereinbarungen, die nicht Kartellverträge i.S. von § 1 GWB sind, da ihnen der gemeinsame Zweck fehlt, sondern bei denen sich die Parteien in einem Austauschverhältnis gegenüberstehen¹⁾.

Solche Individual- oder Austauschverträge werden in den §§ 15 ff. GWB teils verboten, teils einer Mißbrauchskontrolle unterstellt. Dabei ist für die Anwendung der §§ 15 ff. nicht notwendig, daß sich die Unternehmen auf verschiedenen Wirtschaftsstufen

Forts.4) (S.135) der Anwendbarkeit von § 1 GWB auf das Merkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung abgestellt (vgl. Fikentscher in Anm. zu WuW/E BGH 359 ("Glasglühkörper"), 368; OLG Celle, DB 60, 1123; Baumbach-Hefermehl, Anm.54 zu § 1). Danach sollen solche Wettbewerbsbeschränkungen dem Bereich des § 1 GWB entzogen werden, bei denen die Beschränkung des Wettbewerbs nur eine Nebenwirkung von untergeordneter Bedeutung und in Verbindung mit einem erlaubten, wirtschaftlich völlig andersartigen Vertragsziel vereinbart ist. Diese Auffassung führt besonders zu der in diesen Fällen sachgerechten Verneinung der Anwendbarkeit des Verbotes von § 1 GWB, wenn ein gemeinsamer Zweck i. S. von § 1 GWB nicht verleugnet werden kann. Für Wettbewerbsverbote der vorliegenden Art kann die Prüfung der Eignung jedoch deswegen entfallen, weil die Anwendung von § 1 GWB schon am fehlenden gemeinsamen Zweck scheitert.

1) Baumbach-Hefermehl, Vorbem. 2 zu § 15

gegenüberstehen müssen¹⁾. Eine Anwendung der §§ 15 ff. GWB scheitert also nicht schon daran, daß Wettbewerbsverbote als Abreden zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe keine vertikalen, sondern horizontale Vereinbarungen sind.

II. § 15 GWB

§ 15 GWB erklärt Verträge für nichtig, durch die der Vertragspartner an Preise und Geschäftsbedingungen in solchen Verträgen gebunden wird, die er mit Dritten abschließen will. Die Vorschrift hat zum Ziel, die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners zu sichern, soweit sie sich auf die Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung von Einzelverträgen mit Dritten bezieht²⁾. Damit ist in § 15 GWB tatbestandlich eine Stufenfolge von Verträgen vorausgesetzt. Zunächst muß ein Erstvertrag vorliegen, der eine Beschränkung hinsichtlich bestimmter Preise und Geschäftsbedingungen enthält, die sich bei der inhaltlichen Gestaltung von den mit Dritten abzuschließenden Zweitverträgen auswirken soll³⁾.

Schon aus dem Erfordernis dieser Stufenfolge ergibt sich aber, daß das Wettbewerbsverbot nicht unter die Vorschrift des § 15 GWB fallen kann. Mit dem Wettbewerbsverbot ist ja nicht beabsichtigt, den In-

1) Bei den §§ 15 ff. GWB handelt es sich allerdings regelmäßig um Verträge zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen. Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.549, hat aber überzeugend nachgewiesen, daß für die Abgrenzung der §§ 1 ff. und §§ 15 ff. GWB nicht das Kriterium der horizontalen und vertikalen Verträge entscheidend ist. Vielmehr liegt das wesentliche Kriterium im gemeinsamen Zweck. Darin folgt ihm die h.M. Vgl. Schwartz im Gem.-Komm., Vorbem. 1 zu §§ 15-21; Baumbach-Hefermehl, Vorbem.4 vor § 15.

2) Schwartz im Gem.-Komm., Anm.2 zu § 15; Baumbach-Hefermehl, Anm.1 zu § 15

3) Schwartz im Gem.-Komm., Anm.4 zu § 15

halt von Zweitverträgen - schon gar nicht Preise und Geschäftsbedingungen allein - zu binden, sondern der Verpflichtete soll überhaupt am Abschluß solcher Verträge - sowie in weiterem Maße auch an aller, nicht notwendig in Vertragsabreden ausdrückbaren Konkurrenz-tätigkeit (z.B. Werbung) - gehindert werden¹⁾.

III. Problem der Anwendbarkeit von § 18 GWB

Diese Abschlußfreiheit sichert § 18 GWB. Die Vorschrift will mehrere Fallgruppen treffen, bei denen der Vertragspartner teils in der Freiheit der Verwendung von Waren oder gewerblichen Leistungen (§ 18 Abs.1 Ziff.1 GWB), teils auch darin beschränkt wird, bestimmte Verträge mit Dritten überhaupt abzuschließen (§ 18 Abs.1 Ziff.2-4 GWB)²⁾.

Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB. Danach kann die Kartellbehörde Verträge zwischen Unternehmen über Waren und gewerbliche Leistungen für unwirksam erklären, soweit sie einen Vertragspartner darin beschränken, andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben. Nach der bisher gültig gewesenen Fassung des § 18 GWB konnte jedoch nur unter der Voraussetzung eingeschritten werden, daß durch diesen Vertrag die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragspartners oder anderer Unternehmen unbillig eingeschränkt und durch das Ausmaß der Beschränkung der Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt wird.

Die ab 1. Januar 1966 geltende³⁾ Neufassung des § 18 GWB ändert diese Eingriffsvoraussetzungen. Die

1) Vgl. auch Schmidt und Hackenberger, DB 62,958

2) Baumbach-Hefermehl, Anm.1 zu § 18

3) Art.6 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. September 1965 (BGBl I 1363)

Kartellbehörde kann nunmehr einschreiten, wenn durch die Abrede für andere Unternehmen der Zugang zu einem Markt unbillig beschränkt oder¹⁾ durch das Ausmaß der Beschränkung der Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt wird.

In erster Linie betrifft § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB die sog. Ausschließlichkeitsbindungen. Gemeinsames Kennzeichen dieser in zahlreichen Gestaltungsformen im Wirtschaftsleben vorkommenden Vereinbarungen²⁾ ist, daß sie regelmäßig zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen abgeschlossen werden³⁾. Der Anwendungsbereich der §§ 15 ff. GWB ist jedoch nicht auf vertikale Absprachen beschränkt. Daher werden gleichfalls Ausschließlichkeitsbindungen zwischen Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe, die wegen eines fehlenden gemeinsamen Zweckes auch nicht unter § 1 GWB fallen, von der Regelung des § 18 GWB erfaßt. Zu einer solchen Vereinbarung muß aber auch das Wettbewerbsverbot des Verkäufers eines Unternehmens gerechnet werden⁴⁾. Auch bei ihnen wird ein Vertragspartner - der Veräußerer - in einem bestimmten Geschäftsbereich in seiner Freiheit beschränkt, Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben, indem er vertraglich daran gehindert wird, ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Diesem weit und generell gefaßten Wortlaut des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB zufolge fällt daher auch das Wettbewerbsverbot unter diese Vorschrift⁵⁾.

-
- 1) Die bisherige Häufung der Eingriffsvoraussetzungen ist durch die Ersetzung des Wortes "und" durch "oder" beseitigt worden.
 - 2) Zur Systematik der Ausschließlichkeitsbindungen vgl. Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung
 - 3) Rittner, a.a.O., S.45; Schwartz im Gem.-Komm., Anm.9 zu § 18
 - 4) So zutreffend Schwartz im Gem.-Komm., Anm.9 zu § 18
 - 5) Vgl. Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.555

Dennoch ist die Frage umstritten, ob § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB seinem Wortlaut entsprechend wirklich so auszulegen ist, daß die Vorschrift auch auf Wettbewerbsverbote der hier behandelten Art Anwendung findet.

1. Auffassung der Kommentare

Soweit die Kommentare zum GWB zu dieser Frage Stellung nehmen, wollen sie das Wettbewerbsverbot dem Anwendungsbereich des § 18 GWB entziehen. Die Wettbewerbsbeschränkung sei in diesen Fällen - so wird diese Auffassung im Anschluß an Langen¹⁾ überwiegend begründet - nicht primärer Vertragsinhalt, sondern nur eine Folge des auf anderes gerichteten Vertrages und damit nur eine "Reflexwirkung". Hefermehl²⁾ sieht sie nur als den Ausfluß einer sich auf dem Sinn und Zweck des Vertrages ergebenden Treupflicht an³⁾. Zu der Frage, ob die Anwendung von GWB-Vorschriften für solche Wettbewerbsverbote schlechthin ausscheiden soll und welche wettbewerbsrechtliche Regelung für unangemessen weite Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners zur Verfügung steht, nimmt diese Auffassung keine Stellung.

1) Kommentar zum Kartellgesetz, 1958, Anm. V 1 a zu § 18

2) Baumbach-Hefermehl, Anm.17 zu § 15

3) Vgl. auch Müller/Gries, Anm.3 zu § 18; ebenso Schwartz im Gem.-Komm., der zwar einerseits die Maßstäbe des § 18 Abs.1 Ziff.2 bei Anwendung dieser Vorschrift entsprechend ihrem Wortlaut für geeignet hält (Anm.9 zu § 18), aber andererseits gerade in Fällen vertraglicher Wettbewerbsverbote für eine "einschränkende und aus dem erkennbaren Gesetzeszweck herzuleitende" Auslegung der §§ 15 ff. GWB eintritt (Vorbem. 2 vor § 15).

2. Gegenmeinung

Für eine unmittelbare Anwendbarkeit haben sich bisher nur wenige Stimmen ausgesprochen. Einzelstellungnahmen zu den hier behandelten Wettbewerbsverboten fehlen überhaupt. Doch haben Schmidt und Hackenberger¹⁾ für "Wettbewerbsklauseln, die auf einer besonderen gesetzlichen Regelung beruhen, bzw. die nur eine Konkretisierung von sich aus Treu und Glauben ergebenden Nebenverpflichtungen darstellen²⁾", allgemein die Auffassung vertreten, daß sie unter § 18 GWB fielen und nach dieser Vorschrift aufhebbar seien. Sie kommen zu diesem Ergebnis, indem sie unter Berufung auf Lutz³⁾ das GWB als einen "klaren Eingriff in die hergebrachte rechtliche Ordnung" ansehen und ihm so eine umfassende Geltung verschaffen wollen.⁴⁾

3. Vermittelnder Weg

Einen dritten Lösungsweg bietet Fikentscher⁵⁾ an. Er geht davon aus, daß die §§ 15 ff. GWB einschränkend auszulegen sind. Für solche wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden, die einen legalen Hauptvertrag wirtschaftlich ermöglichen oder durchführbar machen sollen

1) DB 62, 957 ff.

2) a.a.O., S. 958

3) NJW 60, 1833 ff.; ähnlich auch Klaue, WuW 61, 323 ff.

4) Lutz, a.a.O., will aus dem von ihm betonten Vorrang des GWB auch den Schluß ableiten, daß die gesetzlichen Vorschriften über Wettbewerbsverbote insoweit außer Kraft gesetzt worden seien, wie das GWB eingreife. Kritisch dazu Müller-Henneberg im Gem.-Kom., Anm. 59 zu § 1 GWB mit weiteren Nachweisen.

5) "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Festschrift für A. Hueck, S. 543 ff.

und die nicht zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen sind, besteht nach seiner Auffassung eine Gesetzeslücke¹⁾. Als Beispiele für solche Nebenabreden nennt er vor allem Wettbewerbsverbote, die die Parteien im Zusammenhang mit Arbeits-, Gesellschafts-, Handelsvertreter- und auch Geschäftsveräußerungsverträgen vereinbaren²⁾. Damit ist auch ein Wettbewerbsverbot der vorliegend dargestellten Art als Nebenabrede im Sinne Fikentschers zu behandeln.

Solche Wettbewerbsverbote sind - und damit wird die Gesetzeslücke geschlossen - in Rechtsanalogie zu den gesetzlichen Vorschriften über Wettbewerbsverbote und den §§ 15 ff. GWB nichtig, wenn sie den Gebundenen stärker belasten als sachlich gerechtfertigt und wirtschaftlich vernünftig erscheint³⁾. Als Kriterien für die Beurteilung der Wirksamkeit kommen die sachgerechte und wirtschaftlich begründete Verbundenheit der Nebenabrede mit dem Hauptvertrag (Zweckverbundenheit von Haupt- und Nebenvertrag)⁴⁾ sowie das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung in Betracht. Hier soll die Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Gebundenen und außerdem die Auswirkung auf den Markt zu berücksichtigen sein⁵⁾. Das erklärte Ziel dieses Lösungsvorschlags ist, für die kartellrechtliche Beurteilung der Wettbewerbsverbote solche Abwägungsmöglichkeiten zu schaffen, wie sie im Rahmen des § 138 BGB ebenfalls schon bestehen⁶⁾. Darin liegt zugleich der Vorzug gegenüber der Auffassung, die das Wettbewerbsverbot dem GWB entzieht, ohne das Problem der ungerechtfertigt weiten Bindung unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten mangels geeigneter Maßstäbe befriedigend lösen zu können.

1) a.a.O., S.560 f.

2) a.a.O., S.556 ff.; die Aufzählung der Fallgruppen ist nicht abschließend. Rechtsprechung und Lehre haben im Einzelfall zu prüfen, ob eine bestimmte Vereinbarung als eine solche Nebenabrede anzusehen ist (a.a.O., S.561)

3) a.a.O., S.561

4) a.a.O., S.562

5) a.a.O., S.562

6) a.a.O., S.562

§ 17 : Stellungnahme

I. Der Anwendungsbereich des § 18 GWB

1. Gemeinsamkeit der geregelten Fallgruppen

Ein Versuch, die Frage nach der Anwendbarkeit von § 18 GWB auf das vertragliche Wettbewerbsverbot des Geschäftsveräußerers zu beantworten und damit zugleich Stellung zu den genannten Auffassungen zu beziehen, hat von der genauen Erfassung des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift auszugehen. Die Aufzählung der Fallgruppen in § 18 GWB läßt den Schluß zu, daß diese Vorschrift auf solche Individualverträge zugeschnitten ist, die dadurch wettbewerbsbeschränkend wirken, daß sie einen Vertragspartner darin beschränken, seine wirtschaftlichen Beziehungen mit Dritten frei zu gestalten. Der Aussage in dieser Allgemeinheit steht jedoch entgegen, daß mit der Regelung der §§ 15 ff. GWB nicht sämtliche Individualverträge mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung erfaßt werden sollten. Vielmehr wollte das Gesetz - der amtlichen Begründung zufolge¹⁾ - nur eine bestimmte Gruppe solcher Individualverträge treffen. Daneben könne es Fälle geben, so führt die Begründung aus²⁾, bei denen durchaus ein wirtschaftliches und rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis für derartige Bindungen vorhanden sei. Dem weitgefaßten Wortlaut der §§ 15 ff. GWB ist eine solche Einschränkung nicht zu entnehmen. Doch läßt die Begründung erkennen, daß sich dem Gesetzeszweck entsprechend für die Vorschriften über "sonstige Verträge" - und damit auch für § 18 GWB - die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung ergibt³⁾. Die amtliche Begründung zum GWB gibt auch

- 1) Amtl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Bd. 33, Drucksache Nr. 1158 v. 22. Januar 1955, S. 25 f.
- 2) Amtl. Begr., S. 26
- 3) Fikentscher, Festschrift für Hueck, S. 560; Baumbach-Hefermehl, Vorbem. 3 zu § 15 GWB

einen Anhaltspunkt dafür, welche besonderen Individualverträge mit der Regelung der §§ 15 ff. GWB getroffen werden sollten, indem sie bestimmte Gemeinsamkeiten dieser Fallgruppen herausstellt. Danach sind nur solche "Sonstigen Verträge" gemeint, bei denen dem einen Vertragspartner im Zusammenhang mit einem Austauschvertrag (Kauf, Miete, Pacht, Werkvertrag) eine Bindung seiner geschäftlichen Tätigkeit auferlegt wird, die nicht mehr durch den vom Recht einem bestimmten Vertragstyp zugeschriebenen und aus den Vertragspflichten erkennbaren Vertragszweck gedeckt¹⁾ und somit im Hinblick auf diesen jeweiligen Vertragstyp eine "wesensfremde Bindung"²⁾ ist. Wohl dient die wettbewerbsbeschränkende Absprache dem wirtschaftlichen Zweck des Austauschvertrages. Als Nebenabrede³⁾ sichert und fördert sie diesen Zweck und die sachgerechte Durchführung des Hauptvertrages⁴⁾. So würde ein Fabrikant vielleicht nicht in den Besitz einer vom Hersteller vermieteten Maschine kommen, wenn er sich nicht verpflichtete, sie nur in bestimmter Weise zu benutzen⁵⁾. Oder ein Unternehmen würde ohne die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes sich nicht zur Vergabe von Werklieferungs- und Lohnaufträgen für seine Artikel bereitfinden⁶⁾.

Charakteristisch für die den §§ 15 ff. GWB unterliegenden Individualverträge ist danach, daß die Wettbewerbsbeschränkung die Parteien über die im Regelfall bei Austauschverträgen entstehenden Vertragspflichten hinaus bindet. Dabei kann die Bindung als Nebenabrede zur Förderung und Sicherung des wirtschaftlichen Zwecks des Hauptvertrages vereinbart sein; sie kann aber auch der Ausdruck einer wirtschaftlichen Machtstellung des Unternehmens sein, das die Vertragsbindung auferlegt⁷⁾.

1) Amtl. Begr., S.26

2) Baumbach-Hefermehl, Vorbem. 3 zu § 15

3) Vgl. WuW/E BKartA 63 ("Melitta")

4) Bei Austauschverträgen ist die Wettbewerbsbeschränkung regelmäßig Nebenabrede, vgl. Frankfurter Kommentar, Einl. C Tz. 106

5) Frankfurter Komm., Einl. C Tz. 111 mit weiteren Beisp.

6) WuW/E BKartA 60 ("Melitta")

7) Vgl. Amtl. Begr., S.26

2. Abgrenzung zu dem Wettbewerbsverbot des Geschäftsveräußerers

Prüft man nun Wettbewerbsverbote, denen der Verkäufer eines Geschäftes sich unterwirft, auf ihren wirtschaftlichen Zweck hin, so weisen sie durchaus eine Ähnlichkeit mit den Nebenabreden auf, die der Regelung der §§ 15 ff. GWB unterliegen. Auch solche Konkurrenzverbote begleiten als Nebenabreden die Geschäftsveräußerung und sollen sie wirtschaftlich durchführen und ermöglichen¹⁾.

Gleichwohl unterscheiden sie sich von den oben dargestellten Vereinbarungen in einem wesentlichen Punkte. Es besteht darin, daß das Wettbewerbsverbot zur Sicherung eines Unternehmensverkaufs keine über die Vertragspflichten des Kaufvertrages hinausgehende, "wesensfremde" Bindung eines Vertragspartners enthält. Soweit es dem Schutze des veräußerten Geschäftes, vor allem des Geschäftswertes vor der Wettbewerbstätigkeit des Veräußerers dient, folgt es vielmehr unmittelbar aus dem Leistungsinhalt des Kaufvertrages, gehört es mit zu der Verschaffungs- und Übergabepflicht des Veräußerers²⁾. Daher steht das Wettbewerbsverbot selbst mit im Gefüge der im Austauschverhältnis zu erbringenden Leistungen und ist nicht lediglich eine an den Austauschvertrag angehängte Nebenabrede³⁾. Daher ist es auch schief, ein

1) Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.558

2) Dafür spricht vor allem, daß auch ohne ausdrückliche Vereinbarung sich aus der Konkretisierung der Vertragspflichten beim Unternehmensverkauf unter Einfluß des § 242 BGB ein Wettbewerbsverbot in engen Grenzen ergeben kann (siehe oben). Etwas anderes kann aber nicht gelten, wenn die Parteien diese Pflichten durch eine ausdrückliche Vereinbarung klar ausgedrückt haben.

3) Auch in anderen Fällen läßt sich das Wettbewerbsverbot unmittelbar aus der Leistungspflicht einzelner Verträge ableiten. So stellt Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.556, neben die hier behandelten Wettbewerbsverbote noch solche, die auf besondere Treuepflichten erzeugende personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen beruhen. Wettbewerbsverbote in diesen Fällen sind gerade Ausdruck solcher Treuepflichten (Baumbach-Hefermehl, Vorbem.3 vor § 15).

solches Wettbewerbsverbot als "Reflexwirkung des zugrundeliegenden Hauptvertrages" zu bezeichnen¹⁾.

Der Unterschied wird deutlich, wenn man ein solches Wettbewerbsverbot, das der Sicherung von "goodwill" dient, mit einem Wettbewerbsverbot vergleicht, das z.B. in dem vom Bundeskartellamt entschiedenen "Melitta"-Fall²⁾ vereinbart worden war. Hier war anlässlich der Vergabe von Verträgen über die Herstellung von Kaffeefiltern im Lohnauftragsverfahren der Vertragspartner verpflichtet worden, nach Beendigung der Geschäftsverbindung drei Jahre lang selbst keine Kaffeefilter herzustellen oder zu vertreiben. Hier lag eine aus den Leistungspflichten eines Werklieferungsvertrages nicht ableitbare und über sie hinausgehende wettbewerbsbeschränkende Verpflichtung vor, die den Vorschriften der §§ 15 ff. GWB unterfiel.

Allein dieser Unterschied ist der Grund dafür, daß schon die Begründung zum GWB selbst das Konkurrenzverbot des Verkäufers eines Unternehmens aus dem Anwendungsbereich der Vorschriften des GWB über Individualverträge ausklammern möchte³⁾.

II. Die analoge Anwendung des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB

1. Problem des unangemessen weiten Wettbewerbsverbotes

Mag der Wortlaut des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB auch das Wettbewerbsverbot des Geschäftsveräußerers einschließen; daran darf die Auslegung jedoch nicht haften. Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte können die Vorschriften der §§ 15 ff. GWB vielmehr ihrem Sinn und Zweck nach nur so verstanden werden,

1) So aber Langen, a.a.O., Anm.V 1 zu § 18; Schwartz im Gem.-Komm., Anm.9 zu § 18; siehe oben Anm. 1 auf S.140

2) WuW/E BKartA 60

3) Amtl.Begr., S.25

daß sie solche Wettbewerbsverbote nicht erfassen sollten und insoweit eine Lücke enthalten¹⁾.

In Fällen, bei denen das Wettbewerbsverbot den veräußerten Geschäftswert schützt und auch auf diesen Sicherungszweck in seinem Umfang begrenzt ist, erscheint dieses Ergebnis gerechtfertigt. Doch kann ja ein Wettbewerbsverbot im Zusammenhang mit einer Geschäftsveräußerung auch in einem Umfange vereinbart sein, der erheblich über den Zweck hinausgeht, den übertragenen "goodwill" zu schützen.

Wie die Begründung zum GWB und diejenigen Stimmen, die das Wettbewerbsverbot des Unternehmensveräußerers dem GWB schlechthin entziehen wollen, solche unangemessenen Vereinbarungen beurteilen wollen, ist nicht ersichtlich. Es scheint, daß sie generell immer dann das Wettbewerbsverbot aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausklammern wollen, wenn es im Zusammenhang mit einer Geschäftsveräußerung vereinbart ist. Dabei bleibt unerwähnt, daß auch ein solches Wettbewerbsverbot nur bis zu einer bestimmten Grenze wirksam sein kann²⁾. Nur einseitig wird darauf abgestellt, daß der Zweck der Vereinbarung in der Sicherung des übertragenen Geschäfts besteht³⁾, doch dabei übersehen, daß dieser Zweck auch die Grenze der Wirksamkeit des Wettbewerbsverbotes bestimmen muß.

2. Interessenlage

Auch ein Wettbewerbsverbot, das in weitergehendem Maße vereinbart worden ist als der Sicherungszweck es gebietet, kann nun Bindungen erzeugen, die i.S. der §§ 15 ff. GWB als "wesensfremd" aufzufassen sind, weil

1) So zutreffend Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.560; vgl. auch Siebert, BB 56, 801

2) Vgl. Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.559

3) Vgl. statt aller Müller/Gries, Anm.3 zu § 18:
"Unter die der Einwirkung der Kartellbehörde nach § 18 entzogenen Verträge fallen auch Wettbewerbsverbote in Verträgen über die Überlassung eines Geschäfts mit Kundschaft."

sie nicht mehr durch den Vertragszweck gedeckt werden. Damit kommt das Wettbewerbsverbot in seiner Wirkung aber einer Ausschließlichkeitsbindung gleich¹⁾ und ist auch entsprechend § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB zu beurteilen. Der entsprechenden Anwendung steht nicht entgegen, daß das Wettbewerbsverbot von den vertikalen Ausschließlichkeitsbindungen des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB durchaus zu unterscheiden ist²⁾. Aus der oben³⁾ bereits getroffenen Feststellung, daß die §§ 15 ff. GWB auch bei horizontalen Absprachen anwendbar sind, ergibt sich, daß auch § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB nicht auf Ausschließlichkeitsbindungen beschränkt sein kann. Gerade darin, daß man von der Frage der Wirtschaftsstufen bei § 18 GWB absehen darf, liegt die Berechtigung für die Gleichstellung von Wettbewerbsverboten und Ausschließlichkeitsbindungen im Rahmen dieser Vorschrift. Auch durch Konkurrenzverbote wird ja der Abschluß von Verträgen untersagt, durch die dem Berechtigten Wettbewerb gemacht werden könnte⁴⁾.

3. Die Eingriffsvoraussetzungen des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB

Ist das Wettbewerbsverbot aber, wie der Fall einer sehr weitgehenden und nicht mehr durch den Schutzzweck gerechtfertigten Bindung zeigt, in seiner Wirkung einer Ausschließlichkeitsbindung vergleichbar, so bestimmt sich bei entsprechender Anwendung des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB seine Zulässigkeit nach den dort genannten Beurteilungsmaßstäben.

1) So im Ergebnis auch Fikentscher, Festschrift, S.562

2) Vgl. Rittner, a.a.O., S.53

3) S.o. S.137

4) Rittner, a.a.O., S.49; der ebenda, S.53 betonte Unterschied zwischen Wettbewerbsklauseln in Auseinandersetzungs-, Geschäftsveräußerungs- und Verpachtungsverträgen und Ausschließlichkeitsbindungen fällt ebenfalls, wenn man die Frage der Wirtschaftsstufen aus dem Begriff der Ausschließlichkeitsbindung ausklammert; vgl. auch schon Kohler, Die Ideale im Recht, ArchBR 5,213

a) Unbillige Beschränkung des Zugangs zu einem Markt für andere Unternehmen

Nach der bisherigen Fassung des § 18 GWB konnte die Kartellbehörde nur bei unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragspartners oder anderer Unternehmen und einer zugleich erforderlichen wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbes eingreifen. Allerdings verhinderte die Häufung dieser Eingriffsvoraussetzungen in den meisten Fällen eine wirksame Kontrolle durch die Kartellbehörde¹⁾. Mit dem neugefaßten § 18 GWB ist die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vertragsbeteiligten als Kriterium für die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde abgeschafft und die unbillige Beschränkung des Zuganges anderer Unternehmen zu einem Markt durch den Vertrag i.S. des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB als unabhängige Eingriffsvoraussetzung neben die weiterhin maßgebliche wesentliche Marktbeeinträchtigung gestellt worden. Damit sind jetzt zwei Mißbrauchstatbestände in § 18 GWB geschaffen. Auf die unbillige Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gebundenen, die nach der alten Regelung gerade auch beim unangemessen weiten Wettbewerbsverbot die Kartellbehörde hätte zur Unwirksamkeitserklärung veranlassen können - allerdings nur in Verbindung mit einer wesentlichen Marktbeeinträchtigung - kommt es danach nicht mehr an. Der die unbillige Beschränkung des Marktzuganges anderer Unternehmen verhindernde neue Mißbrauchstatbestand bedeutet sachlich keine große Änderung gegenüber dem Teil der bisherigen Formulierung des § 18 GWB, in dem auch von der unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit an-

1) Amtl.Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Deutscher Bundestag, 4.Wahlperiode, 1964, Bd.93, Drucksache Nr.2564 v. 18. Sept. 1964, S.14

derer Unternehmen gesprochen worden war; denn die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der anderen Unternehmen betrifft zumeist deren Zugang zum Markt¹⁾.

b) Wesentliche Marktbeeinträchtigung

Die weitere Eingriffsvoraussetzung der wesentlichen Marktbeeinträchtigung ist, nun als Mißbrauchstatbestand verselbständigt, unverändert geblieben. Sie verschafft den Interessen der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbes Anerkennung²⁾. Das entspricht einer Berücksichtigung von "public interest" innerhalb des "reasonableness"-Konzeptes des common law. So kann es kaum verwundern, daß im Rahmen dieses wertungsbedürftigen Rechtsbegriffes auch Gesichtspunkte als maßgeblich anerkannt worden sind, die ebenfalls besonders im amerikanischen Recht³⁾ für die gleiche Fallgestaltung wichtig waren. So spielt für die Wesentlichkeit der Marktbeeinflussung u.a. eine Rolle, ob ein Wettbewerbsverbot als einzelne Abrede vereinbart worden ist oder ob schon eine Anzahl ähnlicher Bindungen besteht, die den Wettbewerb auf dem Markt besonders stark einengen⁴⁾. Auch werden gerade bei einer Unternehmensveräußerung die Marktanteile zu prüfen sein, wenn der Erwerber bereits in der Branche tätig war und durch das bei dem Erwerb vereinbarte Konkurrenzverbot praktisch jeden Wettbewerb ausschalten möchte.

1) Vgl. Lutz, BB 65, 1337

2) Darin ist § 18 GWB auch dem § 138 BGB, der nur die Berücksichtigung des Individualschutzes zuläßt, überlegen. Vgl. Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.563

3) Vgl. oben die unterschiedliche Bedeutung von "public interest" in England und den U.S.A., S. 79 ff.

4) Baumbach-Hefermehl, Anm.14 zu § 18

c) Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe

Im Rahmen der einer Wertung bedürftigen Rechtsbegriffe der unbilligen Beschränkung des Marktzuganges oder der wesentlichen Marktbeeinträchtigung kann auch insbesondere bei Wettbewerbsverboten der vom anglo-amerikanischen Recht so scharf herausgearbeitete und auch in der deutschen Rechtsprechung gelegentlich anklingende Gedanke des "goodwill"-Schutzes durch ein Wettbewerbsverbot fruchtbar werden. Danach würde von solchen Wettbewerbsverboten, die in angemessener Weise den übertragenen Geschäftswert vor der Konkurrenztätigkeit des Veräußerers schützen, auch keine wesentliche Marktbeeinträchtigung oder unbillige Beschränkung des Marktzuganges ausgehen.

Damit soll keinesfalls eine "rule of reason" in das GWB eingeführt werden¹⁾. Es wird lediglich die für denselben wirtschaftlichen Tatbestand als sachgerecht erkannte Interessenentscheidung des anglo-amerikanischen Rechtes zur Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffes herangezogen. Dabei geht es nicht um eine direkte Übernahme der Rechtsgrundsätze - wie z.B. unter der Herrschaft der Dekartellierungs-gesetze - sondern um ihre Verwertung als sachgerechte Interessenentscheidung innerhalb einer Rechtsnorm, die einer Wertausfüllung bedürftig ist und dabei eine Interessenabwägung zuläßt. Eine solche Wertausfüllung widerspricht auch nicht dem bei der Auslegung ebenfalls zu berücksichtigenden Gesetzeszweck. Nach herr-

1) Nach h.M. ergibt sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte kein Anhaltspunkt dafür, daß zur Auslegung des GWB auch eine "rule of reason" herangezogen werden sollte. Fikentscher, Festschrift für Hueck, S.559 f., macht zutreffend darauf aufmerksam, daß dem Bedürfnis nach wirtschaftlicher Abwägung durch gesetzlich normierte Ausnahmen von den Verbotstatbeständen der §§ 1 und 15 GWB Rechnung getragen worden ist. Dadurch wird ein allgemeiner "Grundsatz der wirtschaftlichen Vernunft" überflüssig. Vgl. auch Müller-Henneberg im Gem.-Komm., Anm.55 zu § 1; Baumbach-Lauterbach, Anm.48 zu § 1

schender Meinung hat gerade auch anglo-amerikanisches Rechtsdenken das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen beeinflusst¹⁾. Wenn daraus auch nicht auf die Übernahme einer "rule of reason" geschlossen werden darf, so dürfte aber doch im besonderen diese Tatsache eine Berücksichtigung sachgerechter Interessenbewertungen bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im GWB nicht ausschließen²⁾. Ein Wettbewerbsverbot wird aber dann eine wesentliche Markteinträchtigung i.S. des § 18 GWB enthalten können, wenn es in einem weiteren Ausmaße vereinbart worden ist, als es der Schutz des veräußerten Geschäftswertes erfordert. Die Beschränkung nach Zeit, Raum und auch der Branche findet ihre sachliche und daher auch nach wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstandende Rechtfertigung in der Aufgabe, veräußerten "goodwill" vor der Konkurrenzfähigkeit des Verkäufers zu schützen³⁾.

4. Abgrenzung zur Rechtsanalogie Fikentschers

Fikentscher kommt - wie oben angedeutet⁴⁾ - zu materiell ähnlichen Ergebnissen über den Weg einer Rechtsanalogie. Allerdings deutet er selbst auch den Weg der Gesetzesanalogie des § 18 GWB an, mißt aber der Entscheidung für Rechts- oder Gesetzesanalogie keine Bedeutung zu⁵⁾. Gerade für das hier behandelte

1) Müller-Henneberg in Gem.-Komm., Einf.VIII; Frankf. Komm., Einl. A Tz. 6

2) Baumbach-Hefermehl, Einl. 9 zu GWB, weist ebenfalls daraufhin, daß die von der Rechtsprechung zum Dekartellierungsrecht entwickelten Grundsätze auch bei der Anwendung des GWB noch "gewisse Bedeutung" haben können.

3) Der von Fikentscher, Festschrift für Hueck, S. 561 f. betonte Gedanke der Zweckverbundenheit von Haupt- und Nebenabrede berührt sich mit den hier aus dem goodwill-Schutz entwickelten Maßstäben. Jedenfalls werden ähnliche Ergebnisse erzielt, wenn ebenda, S. 562, Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes in dem Falle angenommen wird, daß sich - auch durch überlange Geltungsdauer - die Nebenabrede von ihrem Zweck (Schutz des goodwill) entfernt.

4) s.o. S. 141 f.

5) a.a.O., S. 564

Wettbewerbsverbot des Veräußerers eines Unternehmens erscheint jedoch die Gesetzesanalogie als zweckmäßiger. Sie vermeidet eine Auseinandersetzung mit dem bei einer Rechtsanalogie zu den gesetzlich geregelten Wettbewerbsverboten nicht vermeidbaren Problem der entsprechenden Anwendung dieser Sonderregeln auf nicht gesetzlich geregelte Konkurrenzverbote, die - wie vorliegend - zwischen selbständigen Unternehmen vereinbart werden¹⁾.

Aus der entsprechenden Anwendung des § 18 Abs.1 Ziff.2 GWB folgt aber auch, daß z.B. den Markt wesentlich beschränkende Wettbewerbsverbote nicht nichtig, sondern lediglich von der Kartellbehörde verbotbar sind. Das mag in Einzelfällen unbefriedigend sein²⁾. Die rechtliche Beurteilung hat jedoch auf die vom Gesetz selbst in den §§ 15 und 18 GWB vorgenommene Staffelung Rücksicht zu nehmen. In dieser gesetzlichen Unterscheidung der Rechtsfolgen liegt zwar eine gewisse Inkonsequenz; danach erscheint es aber als ausgeschlossen, zumindest Wettbewerbsverbote des Geschäftsveräußerers einer strengerer Regelung zu unterwerfen als sie § 18 Abs.1 Ziff. 2 GWB für Ausschließlichkeitsbindungen vorgesehen hat.

5. Ergebnis

Damit läßt sich folgendes Ergebnis zusammenfassen: Wettbewerbsverbote, denen der Verkäufer eines Unternehmens sich unterwirft, sind im Rahmen der durch sie zu sichernden Übertragung des Geschäftswertes wirksam. Überschreiten sie diesen Schutzzweck, so können sie in entsprechender Anwendung des § 18 Abs.1 Ziff.2

1) Die h.M. lehnt eine analoge Anwendung dieser Sondervorschriften ab. Vgl. RGZ 53,154; BGHZ 24,167; BAG BB 58,1245; Würdinger in RGRK HGB, Anm.18 zu § 22; Habscheid WuW 54,406

2) Fikentscher, a.a.O., S.564 will daher auch bei Zulassung einer Gesetzesanalogie zu § 18 GWB die Nichtigkeitfolge des § 15 GWB eintreten lassen.

GWB unter den dort genannten Voraussetzungen durch die Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden. Unangemessene weite Wettbewerbsverbote sind daher als "Mittelding" zwischen gesetzlich erlaubten und unerlaubten Handlungen¹⁾ anzusprechen, nämlich als verbietbare Handlungen.

8. Kapitel: Die Rechtsfolgen des unwirksamen Wettbewerbsverbotes

§ 138 Abs.1 BGB wird als Beurteilungsgrundlage durch die entsprechende Anwendung von GWB-Vorschriften nicht ausgeschlossen. Auch die Rechtsfolgen der im Einzelfall gemäß § 138 Abs.1 BGB sittenwidrigen oder durch Einschreiten der Kartellbehörde entsprechend § 18 GWB für unwirksam erklärten Wettbewerbsverbote sind daher nebeneinander von Bedeutung.

§ 18 : Nichtigkeit gemäß § 138 BGB

Das nichtige Wettbewerbsverbot ist auch im deutschen Recht zunächst auf seinen Einfluß für den Bestand des übrigen Kaufvertrages und weiter daraufhin zu untersuchen, ob die Möglichkeit einer richterlichen Zurückführung des zu weiten Wettbewerbsverbotes auf ein angemessenes Maß besteht.

I. Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB

Nach § 139 ergreift die Nichtigkeit des Teiles eines Rechtsgeschäftes grundsätzlich auch das gesamte Rechtsgeschäft. Doch ist die Fortgeltung des übrigen Teils anzunehmen, wenn sich ein entsprechender Parteiwille feststellen läßt. Die Berücksichtigung des Parteiwillens verleiht dem § 139 BGB den Charakter

1) Fikentscher, Wettbewerb, S.241

einer Auslegungsregel¹⁾. Jedoch ist nicht allein der subjektive Parteiwille maßgebend. Rechtsprechung und Lehre fragen vielmehr danach, welche Entscheidung die Parteien vernünftigerweise getroffen hätten, und geben daher der Auslegung "einen objektiven Einschlag"²⁾. Bei der Ermittlung eines solchen "objektiven Vertragswillens"³⁾ ist auch der Zweck des Vertrages und die sich aus ihm ergebende Interessenlage im Einzelfall zu berücksichtigen⁴⁾. Ergibt sich auf Grund dieser Gesichtspunkte, daß die Parteien das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil als selbstständiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hätten, weil es z.B. für sie auch so interessengemäß und von praktischem Wert gewesen wäre, so kann der gültige Rest aufrechterhalten werden⁵⁾.

Der Kaufvertrag über ein Unternehmen mag für die Parteien häufig allein von solchem ausschlaggebenden wirtschaftlichen Wert sein, daß sie regelmäßig auch ohne die Vereinbarung des im Einzelfall wegen Verstoßes gegen § 138 Abs.1 BGB nichtigen Wettbewerbsverbotes die Veräußerung gewollt hätten⁶⁾. Zwar dient das Wettbewerbsverbot der Sicherung des Austausches von Leistung und Gegenleistung und könnte bei Nichtigkeit dessen Gleichgewicht stören⁷⁾. Einer aus diesem

1) h.M.; vgl. Erman-Westermann, Anm.1 zu § 139

2) Hefermehl in Soergel-Siebert, Anm.19 zu § 139

3) Erman-Westermann, Anm.6 zu § 139

4) Sandrock, AcP 159, 484, spricht davon, daß Rechtsprechung und Lehre "objektive Elemente in die Interpretation des § 139 BGB hineingeschmuggelt" hätten. Ebenda Näheres zu den einzelnen "objektiven Gestaltungs Kräften" im Rahmen des § 139 BGB.

5) Lehmann, Allg. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 1963, S. 159; Palandt-Danckelmann, Anm.3 zu § 139

6) Die Anwendung des § 139 BGB bei nichtigen Wettbewerbsverboten ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil sie ihre Nichtigkeit aus § 138 BGB herleiten. Auch die Sittenwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund schließt eine teilweise Erhaltung anderer Vertragsteile nicht aus. Erman-Westermann, Anm.5 zu § 139.

7) Vgl. Sandrock, a.a.O., S. 490; Naendrup, a.a.O., S. 48 macht zutreffend darauf aufmerksam, daß die synallagmatische Bindung von Leistung und Gegenleistung nicht auch schon bedeutet, daß ein nichtiger Teilinhalt von der übrigen rechtsgeschäftlichen Regelung nicht getrennt werden könnte.

Grunde von den Parteien etwa gewollten Gesamtnichtigkeit steht jedoch gegenüber, daß bei verständiger und interessengemäßer Beurteilung des Parteiwillens nicht außer acht gelassen werden darf, daß dem Sicherungsbedürfnis in gewissem Rahmen schon durch die Annahme eines aus § 242 BGB hergeleiteten Wettbewerbsverbotes Rechnung getragen würde¹⁾. Allerdings können die Umstände im Einzelfall auch zu einer Bewertung des Parteiwillens führen, die auf eine Gesamtnichtigkeit hinausläuft. Wesentlich für jede Entscheidung ist demnach der an den Umständen und Interessen des Einzelfalles zu messende und dadurch zu objektivierende Wille der Parteien²⁾.

II. Das Problem eines richterlichen Ermäßigungsrechtes

Die vollständige Nichtigkeit bei einem Verstoß gegen § 138 BGB ist bereits als für Wettbewerbsverbote unbefriedigende Rechtsfolge erwähnt worden³⁾. Sie erscheint hier auch deswegen als unzweckmäßig und ungerechtfertigt, weil die Nichtigkeit eigentlich "von vornherein nur für das Übermaß innerlich begründet"⁴⁾ ist. Angemessener wäre es daher, dem Wettbewerbsverbot nur insoweit die Wirksamkeit abzuspochen, als es das zulässige Maß überschreitet. Für ein solches, dem Richter zuzugestehendes Ermäßigungsrecht

1) Vgl. Düringer-Hachenburg, Anm.13 zu § 25

2) Für die handelsgesetzlich geregelten Wettbewerbsverbote (insbesondere §§ 74 ff. HGB) hat die Rechtsprechung den § 139 für unanwendbar erklärt und zum Schutze des Gebundenen die Nichtigkeit der Konkurrenzklausele nicht auch auf das übrige Vertragsverhältnis übergreifen lassen (RGZ 146,119). Der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt gerade in dem durch das Gesetz verfolgten Schutzzweck (Erman-Westermann, Anm.2 zu § 139). Eine entsprechende Anwendung dieser Rechtsprechung auf Wettbewerbsverbote der vorliegenden Art scheidet daher aus (s.o. Anm.1 auf S.151).

3) s.o.S. 132

4) Lehmann, a.a.O., S.190

bei übermäßigen Wettbewerbsverboten auch der vorliegenden Art tritt denn auch eine starke Literaturmeinung ein. So weisen Lehmann¹⁾ und Nipperdey²⁾ auf den in den §§ 74 HGB und 133 GewO für die dort gesetzlich geregelten Wettbewerbsverbote anerkannten Grundsatz der Restgültigkeit im angemessenen Rahmen hin. Ihn wollen sie entsprechend auch auf gesetzlich nicht geregelte Wettbewerbsverbote anwenden³⁾. Ebenso glaubt Marcus⁴⁾ aus den Vorschriften der §§ 74 HGB und 343 BGB⁵⁾ die grundsätzliche Anerkennung eines richterlichen Ermäßigungs- und Modifikationsrechtes entnehmen zu können. Demgegenüber verneint die in Rechtsprechung und Literatur wohl herrschende Meinung jedoch die Möglichkeit einer richterlichen Zurückführung gesetzlich nicht geregelter Wettbewerbsverbote auf ein angemessenes Maß⁶⁾. Sie begründet ihre Auffassung damit, daß der Richter nur über Gültigkeit oder Ungültigkeit zu entscheiden habe; grundsätzlich sei er nicht berechtigt, an die Stelle der getroffenen Vereinbarung ein "aliud"⁷⁾ zu stellen⁸⁾.

1) a.a.O., S.191

2) in Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 191 III 1 b

3) So auch v. Tuhr, a.a.O., S.39; Pisko, Ehrenb.Hdb. II, 224; Naendrup, a.a.O., S.51

4) DJZ 1907,952

5) Die Vorschrift sieht die richterliche Herabsetzung einer übermäßigen Vertragsstrafe vor.

6) Verschiedentlich auch als Ablehnung der Zulassung einer "quantitativen Teilnichtigkeit" bezeichnet. Vgl. Sandrock, a.a.O., S.535

7) Nach RGZ 76,80 liegt z.B. in der Einigung auf eine zu lange Zeit nicht auch zugleich die Einigung auf eine angemessene Zeit.

8) Vgl. Staub, Komm. z. HGB, Anm.36 zu § 22; Würdinger in RGRK z. HGB, Anm.18 zu § 22; Kohler, Das vertragliche Wettbewerbsverbot für den früheren Inhaber bei der Geschäftsveräußerung, Diss. Erlangen 1934, S.28; OLG Celle NJW 59,1971; OLG Braunschweig in OLG 22,205.

Naendrup, a.a.O., S.50 sieht die quantitative Aufteilung einer Einzelbestimmung als Unterfall der objektiven Teilbarkeit rechtsgeschäftlicher Inhalte an und würde daher nicht zur Annahme eines "aliud" gezwungen sein.

Dieser Meinung ist zuzustimmen. Die gegenteilige Auffassung verkennt, daß die gesetzlichen Vorschriften eine besondere Schutzfunktion erfüllen sollen. Verneint man - wie die herrschende Ansicht¹⁾ - daher grundsätzlich die Möglichkeit ihrer analogen Anwendung auf Fälle, bei denen diese besondere Schutzbedürftigkeit eines Vertragspartners nicht besteht, so kann man diese Bestimmungen auch nicht für ein Ermäßigungsrecht entsprechend verwenden²⁾³⁾.

Zudem wäre die Anerkennung eines solchen Ermäßigungsrechtes auch nicht mit dem Sinn der Regelung des § 139 BGB zu vereinbaren. Diese Vorschrift betont den Vorrang des Parteiwillens, wenn es um die Frage der teilweisen Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäftes geht. Zwar ist er - wie dargelegt - unter Berücksichtigung auch objektiver Gesichtspunkte zu erschliessen. Die generelle Zulassung einer richterlichen Umgestaltung des nichtigen Wettbewerbsverbotes würde aber zu einer Ausschaltung des Parteiwillens führen, die nach der BGB-Regelung über die Folgen nichtiger Verträge immer Ausnahme bleiben muß.

Der herrschenden Meinung ist umso eher zuzustimmen, als sie die sich aus der Gesamtnichtigkeit ergebenden unerwünschten Folgen zu vermeiden sucht. Durch Auslegung des Wettbewerbsverbotes will sie die Grenzen der Vereinbarung festlegen und kommt je nach den Verhältnissen im Einzelfall auf diesem Wege auch zu einer angemessenen Beschränkung der Abrede nach Ort oder Zeit, wenn ausdrückliche Angaben darüber im Vertrage gefehlt haben⁴⁾. Dadurch werden praktisch die glei-

1) S.o. Anm.1 auf S.153

2) Vgl. OLG 22,205

3) Daher braucht auch nicht näher auf die Streitfrage eingegangen zu werden, ob z.B. in § 74 HGB wirklich eine Ermäßigung durch Richterspruch vorgesehen ist oder ob die Beschränkung schon ipso jure eintritt. Vgl. dazu aber Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Anm.2 E zu §§ 74,74 a-c.

4) Vgl. dazu Würdinger in RGRK z.HGB, Anm.18 zu § 22; Düringer-Hachenburg, Anm.13 zu § 25; Sandroock, a.a.O., S.535; zur Auslegung einzelner Formulierungen bei der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes vgl. Oettel, a.a.O., S.22 ff.

chen Ergebnisse wie bei Annahme eines richterlichen Ermäßigungsrechtes erzielt. Jedoch entspricht allein der Weg über die Auslegung dem vom Gesetz selbst betonten Vorrang des Parteiwillens.

III. Unterschiedliche Ausgangspunkte des anglo-amerikanischen und deutschen Rechtes

Aus den dargelegten Grundsätzen über die im Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten wesentlichen Nichtigkeitsfolgen wird deutlich, daß das anglo-amerikanische und das deutsche Recht zu dieser Frage von völlig unterschiedlichen Ausgangspunkten her Stellung nehmen.

Dort sind es objektive Kriterien, an die die Behandlung nichtiger Wettbewerbsverbote anknüpft. Sie bestehen einmal in der Entscheidung über die Zulassung der "severance" - in der Regel nur bei leichteren Verstößen gegen "public policy"¹⁾ - überhaupt und zum anderen in der Anwendung des Ermäßigungsrechtes, das dem Richter mit dem "blue pencil-test" der "doctrine of severance" zur Verfügung steht. Im deutschen Recht ist es der Parteiwille, vom dem die Nichtigkeitsregelung ausgeht.

Auch bei solch unterschiedlicher Ausgangsposition werden jedoch gleiche Ergebnisse erzielt. In beiden Rechtssystemen ist die Begrenzung eines unangemessen weiten Wettbewerbsverbotes - sei es mit Hilfe der "severance", sei es im Wege der Auslegung - anerkannt. Beide Systeme haben ihre Ausgangsposition korrigiert und sich dadurch einander angenähert. Im anglo-amerikanischen Recht geschieht das durch die Überwindung des "blue pencil-test" zugunsten der Berücksichtigung subjektiver Momente wie z.B. des Parteiwillens²⁾. Im

1) Vgl. Sandrock, a.a.O., S.488

2) Vgl. Marsh, The Severance of Illegality in Contract, 64 L.Q.R., 230 ff., 347. ff.

deutschen Recht führt die Bewertung des Parteiwillens durch objektive Momente ebenfalls zu einer Veränderung des Grundsatzes der Herrschaft des Parteiwillens.

§ 19 : Verbietbarkeit gemäß § 18 GWB

Liegen die Voraussetzungen des § 18 GWB für ein Einschreiten der Kartellbehörde vor, so erklärt sie das Wettbewerbsverbot entsprechend § 18 GWB für unwirksam. Diese Entscheidung ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt und wirkt ex nunc¹⁾.

Der Einfluß dieser Unwirksamkeitserklärung auf die übrigen vertraglichen Vereinbarungen bestimmt sich nach der Sonderregelung²⁾ des § 19 GWB. Darin ist zwar die Geltung des § 139 BGB nicht aufgehoben worden (§ 19 Abs.1 GWB). Der Grundsatz der Gesamtnichtigkeit als Ausgangspunkt dieser allgemeinen Regelung kann jedoch bei den Bindungen des § 18 GWB zu unbilligen Ergebnissen führen³⁾. Daher ist der Kartellbehörde die Möglichkeit eingeräumt, auf Antrag gleichzeitig mit der Unwirksamkeitserklärung in einer Anordnung die Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages ohne die unwirksame Bindung zu verfügen. Sie darf das jedoch nur tun, soweit dies zur Vermeidung einer unbilligen Härte für einen Vertragsbeteiligten erforderlich ist und nicht überwiegende Belange eines anderen Vertragsbeteiligten entgegenstehen (§ 19 Abs.2 GWB). Die Kartellbehörde hat also eine Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Vertragspartner vorzunehmen⁴⁾.

1) Baumbach-Hefermehl, Anm.16 zu § 18

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, Anm.1 zu § 19

2) Ein nach § 19 GWB notwendiger Antrag und die von der Kartellbehörde zu treffende Ermessensentscheidung lassen es nicht zu, das Verhältnis zwischen den allgemeinen Grundsätzen über Teilnichtigkeit und § 19 GWB als Konkretisierung der allgemeinen Regelung für die von § 18 GWB erfaßten besonderen Vertragsgruppen zu bezeichnen. § 19 II GWB ist daher Sonderregel (vgl. Sandroch, a.a.O., S.513).

4) Baumbach-Hefermehl, Anm.10 zu § 19

Auch beim Wettbewerbsverbot, dessen unangemessene Weite ein Einschreiten der Kartellbehörde rechtfertigt, haben die Vertragsparteien somit die Möglichkeit, den Fortbestand des Kaufvertrages gemäß § 19 Abs.2 GWB zu sichern. Stellen sie keinen Antrag oder lehnt die Kartellbehörde die beantragte Anordnung ab, ist nach §§ 29 Abs.1 GWB, 139BGB wiederum der Wille der Parteien nach den aufgezeigten Grundsätzen maßgebend. Gerade die danach auch im Rahmen der allgemeinen Regelung mögliche Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien könnte im Einzelfall bereits zu ähnlichen Ergebnissen führen, wie sie die Regelung des § 19 Abs.2 GWB ausdrücklich zu erreichen sucht¹⁾.

1) Kritisch zur Zweckmäßigkeit der Einführung der Regelung des § 19 GWB daher auch Sandrock, a.a.O., S.514

Rechtsvergleichende Schlußbetrachtung

§ 20 : Die allgemeinen Grundsätze der Wirksamkeits- beurteilung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß das Problem der Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerung im anglo-amerikanischen und deutschen Recht die gleichen Grundfragen aufwirft. Die auf ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Voraussetzungen beruhenden Rechtsordnungen sehen in der Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung eine Einschränkung der Handlungs- und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des gebundenen Vertragspartners, die aber durch den Schutz berechtigter Interessen der Parteien gerechtfertigt werden kann.

Neben diesem Gedanken des Ausgleichs von Individualinteressen kennen beide Rechtsordnungen die Berücksichtigung öffentlicher Belange als selbständiges Kriterium der Wirksamkeitsbeurteilung. Bei den im einzelnen berührten Erwägungen des Allgemeinwohls läßt sich im Laufe der Rechtsentwicklung eine Schwerpunktverlagerung feststellen, die als Folge veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse eingetreten ist. Waren die öffentlichen Interessen ursprünglich auf die Erhaltung des Nutzens wirtschaftlicher Betätigung des Einzelnen für die Allgemeinheit beschränkt, wie besonders die frühe englische Rechtsprechung zu "restraints of trade" zeigt, so rückte in neuerer Zeit in beiden Rechtsordnungen mit der Betonung des Prinzips der Wettbewerbswirtschaft und der zu ihrer Steuerung eingeführten Wettbewerbsgesetzgebung das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs in den Vordergrund. Die rechtliche Behandlung von Wettbewerbsverboten mit den Kriterien des Individualschutzes und

der Wahrung öffentlicher Interessen wurde so in beiden Rechtsordnungen Ausgangspunkt für die Rechtsprechung zu wettbewerbsbeschränkenden Verträgen insgesamt¹⁾.

Bei der Gleichartigkeit der Grundlagen verhindert es die bereits in der Einleitung angesprochene Verschiedenheit der Ausgangspunkte des rechtstechnischen Weges der Beurteilung nicht, daß die nach dem "test of reasonableness" erforderliche und auch bei der Anwendung des § 138. BGB praktisch vorgenommene Interessenabwägung zur Ermittlung der zulässigen Ausdehnung des Wettbewerbsverbotes nach Gegenstand, Ort und Zeit zu ähnlichen Ergebnissen führen kann. Das vom common law hierbei als schutzwürdig angesehene Interesse besteht in der Sicherung übertragenen "goodwill's" vor der Konkurrenzfähigkeit des Veräußerers. Dieser im Hinblick auf den Ausgleich der Parteiinteressen als sachgerecht erkannte Gesichtspunkt klingt in der Rechtsprechung zu § 138 BGB in bezug auf Wettbewerbsverbote nur gelegentlich an. Zwar betont die Rechtsprechung auch die Notwendigkeit eines Interessenausgleiches, grenzt aber das schützenswerte Interesse nicht so eindeutig wie das common law ab.

Trägt aber der Sicherungszweck des Wettbewerbsverbotes dazu bei, den bei einer solchen Vereinbarung entstehenden Interessenkonflikt sachgerecht zu lösen, so wird dieser Gesichtspunkt auch bei der von der Rechtsprechung im Rahmen des § 138 BGB vorgenommenen Interessenbewertung und -abwägung beachtet werden können²⁾. Doch muß - auch das lehrt der Vergleich zu der Regelung des anglo-amerikanischen Rechtes - die

1) Vgl. Mestmäcker, a.a.O., S.142

2) Das ist umso eher möglich, als § 138 BGB Generalklausel ist und eine wertende Ausfüllung durch den Richter erforderlich macht.

Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach § 138 BGB letztlich unbefriedigend bleiben. Die bei der Anwendung des § 138 BGB praktisch vorzunehmende Interessenentscheidung läßt sich schwerlich mit der Auslegung des Verstoßes gegen die guten Sitten als einer Moralwidrigkeit vereinbaren. Die "public policy"-Doktrin kommt bei der Interessenabwägung nicht in diesen Widerspruch, da sie im Rahmen der "restraint of trade"-Lehre bei der Vertragskontrolle nicht auf den Maßstab der guten Sitten angewiesen ist, sondern sich insoweit von Grundsätzen der öffentlichen Ordnung leiten lassen kann.

Allerdings besteht auch bei der englischen Rechtsprechung zur "restraint of trade"-Doktrin eine gewisse Inkonsequenz darin, daß sie stets bei der Auslegung des "test of reasonableness" das Erfordernis der Vereinbarkeit der Abrede mit "public interest" betont, andererseits die Anwendung aber stets auf eine reine Abwägung der beteiligten Parteiinteressen beschränkt. Die Rechtsprechung zu § 138 BGB hingegen hat bei der Beurteilung von Wettbewerbsverboten stets nur auf die beteiligten Individualinteressen abgestellt.

§ 21 : Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung am Beispiel der Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes mit Art.85 des EWG-Vertrages

Besonders am Beispiel der Frage danach, ob das Wettbewerbsverbot des Unternehmensveräußerers auch unter das Verbot des Art.85 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag)¹⁾ fällt, läßt sich abschließend noch einmal sehr deutlich zeigen, welche Bedeutung das "reasonable-

1) Vom 25.3.1957 (BGBl II S.766)

ness"-Konzeptes des anglo-amerikanischen Rechts für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Konkurrenzverbotes nach der eigenen Rechtsordnung hat.

Nach Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen ..., die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Den Schluß des Abs.1 bildet ein - nicht abschließender - Beispielskatalog wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen. Unter den Voraussetzungen des Abs.3 des Art.85 kann eine Freistellung vom Verbot des Abs.1 erfolgen.

Zu den zahlreichen Fragen, die Art.85 EWG-Vertrag aufgeworfen hat, kann hier nicht im einzelnen Stellung genommen werden¹⁾. Soll sich die Diskussion auf die Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes mit dieser Vorschrift beschränken, so ist im Hinblick darauf festzuhalten, daß der Wortlaut unterschiedslos nahe und entfernt liegende, unmittelbare und mittelbare Wirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel umfaßt²⁾. So ist denn auch im Schrifttum das Bemühen festzustellen, Anwendungsbereich und Auslegung des Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag genauer abzugrenzen. Alle Versuche laufen im Ergebnis auf eine Einschränkung des Verbotstatbestandes hinaus.

Nach einer Auffassung soll daher unter "Vereinbarung" i.S. des Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag nicht auch ein Individualvertrag mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung zu verstehen sein³⁾. Eine Anwendung des Art.

1) Vgl. zur Rechtsnatur Baumbach-Hefermehl, Vorbem. 6 ff., Anhang z. GWB; zum Verhältnis zum nationalen Recht vgl. Baruch, WuW 63, 14

2) Gleiss/Hirsch, EWG-Kartellrecht, 1965, Anm.33 zu Art.85

3) Vgl. Sölter, WuW 61,665; von Werdt, WuW 62,583

85 auf das in Verbindung mit einem Austauschvertrag vereinbarte Wettbewerbsverbot würde nach dieser Meinung daher ausscheiden. Ihr wird man jedoch besonders im Hinblick darauf nicht folgen können, daß die Verordnung Nr.17 (1. Durchführungsverordnung zu den Art.85 und 86)¹⁾ ausdrücklich davon ausgeht, daß als "Vereinbarungen" i.S. des Art.85 auch Individualverträge anzusehen sind²⁾.

Wolf³⁾ will andererseits in Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag unmittelbar die "rule of reason" einführen. Er begrenzt das Verbot des Art.85 ganz allgemein auf solche Vereinbarungen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel in unvernünftiger Weise zu beeinflussen und den Wettbewerb ungebührlich zu beschränken. Nach dieser Auffassung ließe sich unmittelbar bereits dem amerikanischen Vorbild entnehmen, daß das zur Sicherung von "goodwill" vereinbarte Wettbewerbsverbot nicht unter Art.85 EWG-Vertrag fallen könnte. Die herrschende Meinung lehnt jedoch die Einführung einer "rule of reason" in den Verbotstatbestand des Art.85 EWG-Vertrag ab⁴⁾. Ihre Ansicht findet eine Stütze in Art.85 Abs.3 EWG-Vertrag. Die unter den dort genannten Voraussetzungen mögliche Freistellung vom Verbot läßt auf eine Regelung schließen, die für eine allgemeine "rule of reason" keinen Raum mehr lassen sollte.

Mit der überwiegenden Mehrheit des Schrifttums ist demgegenüber ein dritter Weg zu wählen, der dem praktischen Bedürfnis nach Eingrenzung des Verbotsbereiches des Art.85 EWG-Vertrag Rechnung trägt und dabei die Bedenken gegen die bisher genannten Lö-

1) Vom 6.2.1962 (ABl EG 1962, S.204)

2) Vgl. Knopp, AWD 62, 269

3) WuW 62, 653

4) Vgl. Gleiss/Hirsch, a.a.O., Anm.42 zu Art.85; Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1962, S.36

sungsvorschläge vermeidet. Nur eine einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten kann danach "restriktive Nebenwirkungen von sozial nützlichen Vereinbarungen unter Parteien, die weder allein noch vereint über einen nennenswerten Markteinfluß gebieten"¹⁾, dem Kartellverbot entziehen. Gleiss und Hirsch sprechen in diesem Zusammenhang von einer "vernünftigen Auslegung"²⁾, Kleemann von einer "eigenständigen Interpretation"³⁾.

Prüft man unter diesem Gesichtspunkt die Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbotes des Unternehmensveräußerers mit Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag, so wird bei der Auslegung des materiellen Tatbestandes - wie bereits für die entsprechende Anwendung von § 18 GWB befürwortet wurde - auch berücksichtigt werden können, daß der Zweck einer solchen Vereinbarung in der Sicherung übertragener Geschäftswerte liegt. Insoweit ist dann auch ihre wettbewerbsbeschränkende Wirkung sachlich gerechtfertigt und von einer Nebenbedeutung, die den materiellen Tatbestand des Art. 85 Abs.1 EWG-Vertrag nicht eingreifen läßt. Auf diese Weise wird das dem "test of reasonableness" eigene Wirksamkeitskriterium für die Auslegung einer Gesetzesnorm gewonnen, ohne mit einer "rule of reason" eine neue, weitergreifende Bewertungsnorm in das Gesetz einzuführen.

Diese Ansicht wird im Ergebnis gestützt durch eine Entscheidung der Kommission über die Erteilung eines Negativattestes⁴⁾ in der Sache Nicholas/

1) Spengler in Gem.-Komm., Teil II, EWG-Kartellrecht, Erl. 69

2) AWD 62,124; EWG-Kartellrecht, Anm.42 zu Art.85

3) a.a.O., S.36

4) Nach Art.2 der VO Nr.17 kann ein Negativattest erteilt werden, wenn die Kommission feststellt, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung auf Grund von Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag einzuschreiten.

Vitapro¹⁾.

Die Kommission hatte über die Vereinbarkeit eines bei der Veräußerung von Unternehmenswerten vereinbarten Wettbewerbsverbotes mit Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag zu entscheiden. Die Vertragsparteien hatten sich auf die Dauer von 5 Jahren verpflichtet, in dem jeweils der anderen Partei vorbehaltenen Vertragsgebiet bestimmte Waren nicht herzustellen oder zu vertreiben. Ohne den Tatbestand des Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag auszulegen oder die dort genannten Voraussetzungen im einzelnen zu prüfen, entschied die Kommission allein von der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung einer solchen Vereinbarung her, daß sie keinen Anlaß sehe, nach Art.85 Abs.1 einzuschreiten, und erteilte das beantragte Negativattest. Wenn die Kommission dabei zur Begründung ausführt, daß der Vertrag zwischen Nicholas und Vitapro die Veräußerung von Unternehmenswerten - zu denen auch ein Kundenkreis, demnach "goodwill" gehörte - bezweckt habe, so engt sie im Ergebnis in gleicher Weise den Anwendungsbe- reich des Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag ein wie es auch mit der oben vertretenen einschränkenden Auslegung des materiellen Tatbestandes erreicht werden sollte.

1) AB1 EG 1964 S.2287

L e b e n s l a u f

Am 2. November 1939 wurde ich, Manfred Friedrich Walter Enaux als Sohn des jetzigen Bankbevollmächtigten Walter Enaux und seiner Ehefrau Hildegard geb. Germann in Duisburg geboren. **Ich bin Deutscher.**

Ab Ostern 1946 besuchte ich eine Volksschule in Homberg/Ndrrh.. Im Jahre 1950 ging ich über zum Franz-Haniel-Gymnasium, gleichfalls in Homberg/Ndrrh. Zu Ostern 1959 legte ich dort die Reifeprüfung ab und nahm mit dem Sommersemester 1959 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg auf. Im Sommersemester 1961 setzte ich das Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster fort. Am 6. Oktober 1963 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. Januar 1964 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Im Rahmen der Ausbildung besuchte ich im Wintersemester 1966/67 die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

Im akademischen Jahr 1964/65 hatte ich Sonderurlaub und studierte als Stipendiat des British Council an der Universität London/University College. Der Aufenthalt in Großbritannien diente im wesentlichen zur Anfertigung der vorliegenden Arbeit.



